

UNIVERSITE DE PARIS - FACULTE DE DROIT

THESE DE DOCTORAT

L'APPLICATION
DE LA LOI DU 18 FEVRIER 1938
SUR LA
Capacité de la Femme mariée

Présentée et soutenue le 11 décembre 1941, à 13 h. 30.

PAR

Raymond VUICHOUD

JURY :

Président : M. JULLIOT DE LA MORANDIERE.

Suffragants : M. ROUAST, Professeur.

M. HENRI MAZAUD, Professeur.

PARIS
EDITIONS DOMAT-MONTCHRETIEN
F. LOVITON ET C^{ie}
158-160, RUE SAINT-JACQUES

1941

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTE DE DROIT

Nom du Candidat : **VUICHOUD.**

Prénom : **Raymond.**

Date de la soutenance :

Numéro d'ordre :

(Ces deux mentions seront complétées par le service de la Bibliothèque.)

VUICHOUD Raymond. —
L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée. — Editions Domat-Montchrestien, in-8° r., p. 219.

(Thèse de Droit, Paris 1941, n°.....)

VUICHOUD Raymond. —
L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée. — Editions Domat-Montchrestien, in-8° r., p. 219.

(Thèse de Droit, Paris 1941, n°.....)

VUICHOUD Raymond. —
L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée. — Editions Domat-Montchrestien, in-8° r., p. 219.

(Thèse de Droit, Paris 1941, n°.....)

VUICHOUD Raymond. —
L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée. — Editions Domat-Montchrestien, in-8° r., p. 219.

(Thèse de Droit, Paris 1941, n°.....)

UNIVERSITE DE PARIS - FACULTE DE DROIT

THESE DE DOCTORAT

L'APPLICATION
DE LA LOI DU 18 FEVRIER 1938
SUR LA
Capacité de la Femme mariée

Présentée et soutenue le 11 décembre 1941, à 13 h. 30.

PAR

Raymond VUICHOUD

JURY :

Président : M. JULLIOT DE LA MORANDIERE.

*Suffragants : M. ROUAST, Professeur.
M. HENRI MAZAUD, Professeur.*

PARIS
EDITIONS DOMAT-MONTCHRETIEN
F. LOVITON ET C^{ie}
158-160, RUE SAINT-JACQUES

1941

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs.*



CHAPITRE PRELIMINAIRE

Généralités

SECTION PREMIÈRE

LES ORIGINES DE LA LOI DU 18 FEVRIER 1938

APERÇU HISTORIQUE

L'origine immédiate de la loi du 18 février 1938 n'est autre que le projet de loi déposé sur le bureau du Sénat le 23 juin 1932 sous le titre suivant : « Projet de loi portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée et aux régimes matrimoniaux, présenté au nom de M. Albert Lebrun, Président de la République française, par M. René Renoult, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice » (1).

Si le projet de 1932 est la base même de la loi de 1938, il serait bon pourtant de jeter un coup d'œil rétrospectif sur les origines plus lointaines de cette loi. Nous les trouvons en partie énumérées dans les considérations préliminaires et d'ordre général développées par M. Renoult à l'appui de son projet.

C'est seulement à l'époque de la Révolution que l'on vit apparaître pour la première fois en France des projets de lois tendant à admettre l'égalité des époux et qui forment les premiers monuments historiques du

(1) *J. O.*, 1932, sess. ord., séance du 23 juin 1932, ann. 594.

mouvement qui devait aboutir à la loi du 18 février 1938. Déjà avant la Révolution, certaines tendances féministes s'étaient dessinées en critiquant d'une manière hésitante, il est vrai, certaines coutumes de notre ancien droit. Mais pour pouvoir réaliser des réformes aussi profondes, il faut que les circonstances politiques s'y prêtent, et on comprend aisément qu'il ait fallu attendre que la Révolution fût déclenchée pour que les anciennes conceptions des juristes s'en trouvassent ébranlées. Plusieurs projets furent déposés à la Convention par Cambacérès; le premier d'entre eux était très libéral, en ce sens qu'il ne contenait aucune allusion à la puissance maritale et instituait même une communauté d'administration. Les suivants le furent de moins en moins, et le dernier d'entre eux, s'il comportait toutefois une affirmation de principe d'égalité entre les époux, n'en supprimait pas moins la communauté d'administration du projet initial. Déjà, sous le Consulat, un projet Jacqueminot (1) rétablissait en fait la puissance maritale, sous une forme voilée il est vrai; mais le principe se trouvait déjà formulé et devait aboutir avec le Code civil à l'affirmation de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme mariée. Cette situation légale faite à la femme pouvait sans doute correspondre à l'état de la société au début du xix^e siècle et aux conceptions que l'on se faisait alors de l'union conjugale, quoique pourtant Bonaparte, animé par ses idées despotiques et ses préjugés contre les femmes, contribuât dans une large mesure à faire adopter des

(1) Le projet JACQUEMINOT fut présenté à la Commission de législation du Conseil des Cinq-Cents le 30 frimaire an VIII.

dispositions qui surenchérisaient bien souvent sur les solutions déjà très rigoureuses de l'ancien droit.

Les tendances féministes tenues en échec pendant la période de l'Empire par l'autorité de Napoléon trouvèrent dans la révolution de 1830 un ferment favorable à leur diffusion. Quelques journaux apparurent, dont le principal *la Femme libre*, créé en 1832, était d'origine nettement saint-simonienne. Mais ces journaux n'eurent sur l'opinion qu'une influence très restreinte. Il importe toutefois de noter que M^{me} Habinot de Mauchamp, fondatrice de *la Gazette des femmes*, se mit en devoir d'envoyer des pétitions aux Chambres pour réclamer, en faveur d'une modification de la législation, l'application du principe de l'égalité des Français proclamé par la Charte de 1830.

La révolution de février 1848 favorisa bien davantage encore la propagande féministe. De nouveaux journaux furent fondés, en particulier *la Voix des femmes* d'Eugénie Niboyet. Il faut noter pourtant que le féminisme d'alors s'était transformé sous l'influence des idées de 1848 bien plus libérales que celles de 1830. En particulier, le féminisme de 1848 avait augmenté les revendications des femmes, qui, il faut bien l'avouer, s'étaient montrées bien réservées en 1830. En effet, Eugénie Niboyet ne réclamait plus seulement le droit pour la femme d'être témoin ou la suppression du devoir d'obéissance, mais aussi la conquête du droit de suffrage et toutes les libertés politiques.

Dès lors, le mouvement féministe avait pris corps, et avec le Second Empire, un nouveau retour vers un gouvernement autoritaire n'arrêta plus le cours de la propagande féministe. Le Corps législatif fut à nouveau

saisi d'une série de pétitions dans le but d'admettre l'égalité politique (1).

Il fallut pourtant attendre l'avènement de la III^e République pour que le législateur se décidât enfin à améliorer la situation de la femme mariée. Les dérogations au principe de l'incapacité se multiplièrent avant d'aboutir au principe formulé par l'article 215 nouveau : « La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile ».

Il convient, pour compléter l'étude des origines de la loi du 18 février 1938 qui fait l'objet de la présente section, d'énumérer ces lois en signalant les modifications apportées à l'ancien statut de la femme mariée. Nous verrons que les dérogations devinrent de plus en plus importantes, mais, au moment où le projet de M. Renoult fut déposé sur le bureau du Sénat, il y avait tout de même un pas important à accomplir puisqu'il s'agissait de renverser les anciens concepts du droit des gens mariés.

Depuis 1881 (2), la femme peut, sans autorisation préalable, se faire délivrer un livret de caisse d'épargne et retirer les fonds ainsi placés. Les époux étant généralement mariés sous le régime de la communauté de meubles et acquêts, il s'en suit que les fonds du ménage se trouvent sous le contrôle du mari. M. Rouast (3) fait remarquer que dans les cas prévus par la législation, la femme ne peut être considérée que comme la mandataire du mari. Aussi la loi prévoit-elle que le mari pourra ré-

(1) Notamment celles qui furent faites par Olympe AUDOUART, directrice de la revue *le Papillon*.

(2) Loi du 9 avril 1881, complétée par la loi du 20 juillet 1895.

(3) La Famille (traité Planiol et Ripert, t. II), n° 424.

voquer le mandat ; c'est ce que la loi du 20 juillet 1895 a organisé. Remarquons que le principe de l'opposition, après avoir été repris sous une autre forme par le législateur de 1907, est prévu dans deux cas particuliers par la loi de 1938.

Moins importante est la loi du 20 juillet 1886, mais elle était en somme la suite logique de la précédente. Aux termes de celle-ci, la femme peut, quel que soit son régime matrimonial, faire des versements sans autorisation du mari, à la Caisse nationale des retraites.

Avant la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps n'avait que la capacité de la femme séparée de biens, ce qui était fort gênant pour elle puisqu'il lui fallait obtenir le consentement de son mari ou dans certains cas l'autorisation de justice pour tout acte tant soit peu important. Cette loi est la première qui ait directement mis en cause le principe même de l'incapacité de la femme mariée et qui ait porté le premier coup à celui de la puissance maritale. Comme le fait très justement remarquer M. Ancel (1), c'était en somme admettre « qu'une femme, tout en restant mariée, pût devenir néanmoins indépendante de son mari pour la disposition de ses biens comme pour le gouvernement de sa personne ».

Depuis la loi du 7 décembre 1897, les femmes peuvent librement être témoins aux actes de l'Etat civil comme aux actes instrumentaires.

La plus importante de toute cette série de lois est la loi du 13 juillet 1907, actuellement encore en vigueur

(1) ANCEL, *Traité de la capacité civile de la femme mariée*, p. 23, n° 13.

sur certains points, sur le libre salaire de la femme mariée.

La loi du 12 juillet 1909 avait apporté une dérogation à l'ancien article 215 du Code civil en décidant que la femme pourrait ester en justice sans autorisation pour défendre ses droits sur le bien de famille lorsqu'il y aurait contestation.

Une loi du 20 mars 1917, rendue peut-être nécessaire à cause de la guerre, vint permettre aux femmes d'être tutrices, et d'avoir leur entrée dans les conseils de famille.

Citons encore les lois du 31 mars 1919 sur les allocations d'ascendants et du 28 décembre 1922 sur la perception des arrérages de pensions, qui, de même que les précédentes, sont venues dans une certaine mesure améliorer la situation des femmes mariées. Enfin la loi du 10 août 1927, modifiée par le décret du 12 novembre 1938, vint affirmer le principe de la libre nationalité de la femme mariée.

La jurisprudence avait d'ailleurs grandement amélioré la condition de la femme mariée par la création de la théorie du mandat domestique. D'après cette théorie qui fonctionne sous tous les régimes matrimoniaux, le mari demeure seul tenu des dettes du ménage, et la femme ne se trouve engagée que si elle a clairement manifesté l'intention d'être obligée avec lui. Cette théorie a aussi servi à la jurisprudence à valider les actes de la femme séparée de fait.

L'Administration avait au contraire, par ses exigences, contribué à aggraver le sort de la femme mariée. En effet, tandis que les mœurs changent et que le législateur et la jurisprudence avaient même évolué,

l'Administration avait tiré des principes du Code civil des conséquences en discordance absolue avec les habitudes et avec les nécessités de l'existence. Il s'agissait en particulier des exigences concernant les inscriptions des femmes mariées en vue de passer un concours ou un examen. De même, la femme ne pouvait obtenir une carte d'identité ou un passeport sans l'autorisation de son mari.

Il est juste de reconnaître aux précédents législatifs et jurisprudentiels que nous venons de mentionner une influence utile; pourtant leur portée et leur caractère en quelque sorte exceptionnel devaient créer un manque d'harmonie avec les principes traditionnels du Code civil.

C'est ainsi que la nécessité d'une réforme d'ensemble de la condition juridique de la femme mariée s'était déjà fait sentir avant 1932, date à laquelle fut déposé le projet Renoult sur le bureau du Sénat. Le 27 octobre 1895, la Chambre avait été saisie d'une proposition de loi (1) par M. Michelin en vue d'abolir l'incapacité de la femme mariée. Cette proposition fut reprise le 27 novembre 1906 par M. Charles Beauquier (2). M. Violette, une fois que la proposition eût été renvoyée à la Commission, fit un rapport (3) qui ne reconnaissait plus l'entière capacité du projet initial qu'à la femme séparée de biens.

En 1912, un nouveau projet fut fait par la Société d'Etudes législatives (4), qui reprenait en somme la

(1) Déb. parl. Chambre, 27 octobre 1895. Annexe n° 1564.

(2) Doc. parl. Chambre, 9^e législature, n° 479.

(3) Doc. parl., sess. ord., n° 1753, p. 429.

(4) *Bulletin de la Société*, 1912, p. 151.

même idée que le rapport de M. Violette, mais il échoua comme les précédents.

Quoi qu'il en fut de tous ces projets, il était néanmoins utile de les mentionner, car on ne peut nier leur influence sur la loi du 18 février 1938.

SECTION DEUXIÈME

LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DE LA LOI DU 18 FÉVRIER 1938

Un arrêté de M. René Renoult, alors Garde des Sceaux, en date du 14 décembre 1925, instituait au Ministère de la Justice une commission chargée d'étudier les modifications susceptibles d'être apportées au Code civil en ce qui concernait la condition juridique de la femme mariée.

Cette commission était présidée par M. Paul Matter, avocat général près la Cour de Cassation, et était composée notamment de MM. Capitant, Julliot de la Morandière, Lévy-Ullmann, Ripert, Fleys, Donat-Guigue, Montigny, Frémicourt et de M^e Suzanne Grinberg.

Une sous-commission fut aussitôt désignée et un avant-projet fut établi sur le rapport de M. Julliot de la Morandière. Cet avant-projet comprenait deux parties : la suppression de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme mariée, et l'examen des conséquences des nouveaux principes sur les régimes matrimoniaux.

Le premier rapport qui avait été préparé par M. Jul-

liot de la Morandière et par M^e Suzanne Grinberg conservait comme régime de droit commun la communauté de meubles et acquêts. Mais la sous-commission proposa finalement un système qui laissait aux époux le jour de la célébration du mariage le choix entre la communauté et la séparation de biens. Cette proposition fut vivement critiquée, et, sur la proposition de M. Ripert, on opta finalement pour le régime de la participation aux acquêts.

La commission remit ses conclusions le 20 mai 1928 sous la forme d'un rapport présenté par M. Julliot de la Morandière. Le projet de loi (1) qui fut déposé par M. René Renoult s'inspirait directement de ce rapport. M. Renoult, redevenu sénateur, déposa un nouveau rapport (2) le 24 juin 1933. La deuxième partie comprenant le projet de réforme des régimes matrimoniaux fut abandonnée pour ne pas risquer de retarder l'adoption de la première partie du projet.

Le projet vint en discussion le 3 et le 8 décembre 1936 (3), puis après un rapport supplémentaire (4) de M. Renoult, fut adopté en deuxième lecture le 19 mars 1937 (5).

Transmis à la Chambre, M. Delattre, rapporteur, déposa le 23 décembre 1937 un rapport (6) qui concluait à l'adoption sans débat du texte voté par le Sénat. Le projet sénatorial vint à l'ordre du jour de la Chambre

(1) *J. O.*, Doc. parl. Sénat, 1932, annexe n° 594.

(2) *J. O.*, Doc. parl. Sénat, 1933, annexe, n° 404.

(3) *J. O.*, Déb. parl. Sénat, 1936, p. 1549 et s. et 1563 et s.

(4) *J. O.*, Doc. parl. Sénat, 1937, annexe n° 78.

(5) *J. O.*, Déb. parl. Sénat, 1937, p. 346 à 353 et 355 à 362.

(6) *J. O.*, Doc. parl. Chambre, 1937, annexe n° 3331.

le 10 février 1938 (1) et fut voté sans discussion. La loi fut promulguée le 18 février 1938 et paru au *Journal Officiel* le 19 février (2).

Il paraît utile de mentionner encore l'existence de deux documents qui ont directement trait à l'application de la loi du 18 février 1938.

L'application de la loi de 1938 fut étendue par un décret du 8 mai 1938 (3) aux colonies autres que les Antilles et la Réunion, aux pays de protectorat et aux pays sous mandat relevant du Ministère des Colonies.

Le Garde des Sceaux, par une circulaire du 21 février 1938 (4), a enjoint aux officiers de l'Etat civil lors de la célébration des mariages de lire aux époux les nouveaux textes de la loi du 18 février 1938.

SECTION TROISIÈME

LA METHODE DE LA REFORME

Lorsqu'il s'agit de discuter le principe d'une méthode législative, deux problèmes distincts se posent immédiatement : quel est le procédé de technique législative employé pour opérer la réforme, et quelle est la valeur de ce procédé législatif ?

Pour modifier une disposition législative, le législa-

(1) *J. O.*, 11 février 1938, Déb. parl., p. 269.

(2) *J. O.*, 19 février 1938, p. 2058.

(3) *J. O.* du 13 mai 1938, p. 5417.

(4) *J. O.* du 22 février 1938, p. 2148.

teur a à sa disposition trois procédés différents (1). Le premier consiste à refondre entièrement le Code civil. Ce procédé a sur les autres l'avantage de la netteté, car tous les articles qui ne sont pas compatibles avec les conceptions nouvelles sont nécessairement modifiés. Mais ce procédé est difficilement réalisable dans un pays à régime parlementaire, et il a l'inconvénient de laisser passer un temps très long jusqu'à ce que la réforme puisse être réalisée.

Le deuxième procédé consiste à promulguer une loi séparée qui proclame le principe nouveau et abroge toutes dispositions contraires. Ce procédé a l'avantage incontestable d'épargner au législateur toutes discussions de détail, dès lors qu'il a admis la nécessité de mettre en vigueur le principe nouveau. Mais ce procédé a l'inconvénient d'être incertain, car ce sera évidemment au juge qu'il appartiendra de décider quelles sont les dispositions contraires abrogées.

Avec le troisième procédé qui est celui qui a été choisi par le législateur pour la loi du 18 février 1938, on intègre la loi nouvelle dans le corps du Code civil et on modifie expressément tous les articles qui ne sont pas compatibles avec cette dernière. La loi du 13 juillet 1907 était restée en dehors du Code civil, et les juristes n'avaient pas manqué de faire remarquer l'inconvénient qu'il y avait à promulguer des dispositions incompatibles avec les règles du Code. Certes, à supposer que le législateur ait prétendu utiliser la dernière méthode malgré les désavantages signalés, il aurait fallu malgré tout abroger les articles 213, 215 et 217. Certains juristes avaient en effet proposé, pour éviter des discus-

(1) ANCEL, *op. cit.*, p. 39, n° 21.

sions de détail qui risquaient de retarder ou d'empêcher la promulgation de la loi, qu'on insérât le principe nouveau dans un article unique, l'article 215 par exemple, et qu'on s'en tint là. La critique de cette méthode est développée dans le rapport de M. Renoult au Sénat (1) : « Il ne suffit pas, en effet, comme on l'a cru quelquefois, de proclamer, en un article unique de loi, le principe de la capacité de la femme et de l'égalité des époux dans le mariage, pour décider ensuite, en un second article que « toutes dispositions contraires sont abrogées ». Une telle loi rencontrerait les plus sérieuses difficultés d'interprétation; son application serait entravée à chaque instant par l'impossibilité où l'on se trouverait de savoir dans quelle mesure les textes qui n'ont trait qu'en partie à l'incapacité de la femme, sont abrogés ou subsistent; elle serait l'occasion de litiges et de procès continuels, et il faudrait finalement, en élaborant de nouveaux textes, en revenir à la méthode du projet de loi que nous examinons. Celui-ci contient donc, et à juste titre, dans sa première partie, la refonte ou l'abrogation de tous les articles du Code civil qui traitent de la capacité de la femme ».

Pour la défense du deuxième procédé mis à la disposition du législateur, on pourrait faire remarquer que s'il en était ainsi réellement, c'est-à-dire si tous les articles des différents Codes traitant de la capacité de la femme avaient été refondus ou modifiés, le procédé choisi par le législateur de 1938 serait assurément le meilleur. Mais comme en fait, il est loin d'en être ainsi, on peut se demander si dans ce cas le deuxième procédé n'aurait pas été préférable. Il y aurait peut-être des

(1) *J. O.*, Doc. parl. Sénat, 1933, ann. 404.

hésitations pour un grand nombre d'articles, mais cela ne vaudrait-il pas mieux que de se heurter aux incohérences que la loi de 1938 a fait naître et que nous signalerons plus loin?

Quoi qu'il en soit, l'exemple de la loi roumaine qui, bien qu'incorporée dans le Code, avait posé par sa brièveté des problèmes épineux, ne parlait guère en faveur du deuxième procédé. Il est possible d'ailleurs de trouver un nouvel argument en faveur du procédé législatif choisi en se référant à la loi du 18 février 1938 elle-même. Malgré la vigilance exercée par les commissions, tous les textes relatifs à la capacité de la femme mariée ou à la puissance maritale et à leurs conséquences n'ont pas été retouchés, et la méthode parlementaire adoptée par le Sénat, qui consistait à séparer en deux tronçons le projet initial de M. Renoult, a fait que le Parlement s'est trouvé amené à en laisser de côté un certain nombre d'autres. Nous verrons en étudiant la loi de 1938 dans le détail toutes les difficultés qui ont été créées par cette manière de procéder. On n'aura pas de peine à imaginer tous les problèmes qui auraient été engendrés si le Parlement avait adopté le deuxième procédé mis à sa disposition, et s'était contenté de proclamer que désormais la femme mariée jouirait de son entière capacité civile. On peut certes regretter que le législateur n'ait pas suivi la méthode choisie jusqu'au bout, mais la méthode prise en elle-même était assurément celle qu'il fallait adopter. Si la loi du 18 février 1938 mérite des critiques, il faudrait mieux s'en prendre à la technique parlementaire suivie.

SECTION QUATRIÈME

LA PORTEE DE LA REFORME

L'examen de la méthode juridique choisie par le législateur de 1938 consiste à se demander quelle devait être au fond la portée de la réforme.

La condition de la femme mariée pouvait être améliorée de trois façons différentes, à savoir en supprimant la puissance maritale, en proclamant sa capacité civile ou en modifiant les régimes matrimoniaux de manière à lui reconnaître certains pouvoirs sur ses biens propres ou sur la communauté.

Ces trois problèmes sont indépendants les uns des autres. On peut très bien concevoir un système juridique dans lequel la femme serait incapable, et où elle serait en même temps dégagée de toute prépondérance maritale. S'il en est ainsi en principe, il est logique toutefois que si la prépondérance du mari doit disparaître entièrement, cette disparition soit aussi suivie par celle de l'incapacité. De même, on peut très bien imaginer que la femme tout en étant capable soit malgré tout soumise à différentes prérogatives maritales. L'exemple de la Suisse le montre clairement, où l'article 160 du Code civil suisse institue le mari chef de l'union conjugale, bien qu'en Suisse la femme mariée jouisse de son entière capacité. C'est en somme ce qu'a fait la loi du 18 février 1938, puisque si la puissance maritale a été abolie, l'article 213 nouveau, dans son premier alinéa, qualifie le mari de « chef de la famille », bien que l'article 215 nouveau lui reconnaisse le plein exercice de sa capacité civile.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi de 1932, on avait fait nettement remarquer que la révision du chapitre intitulé « les droits et les devoirs respectifs des époux » n'était pas suffisante pour que la réforme fût pleinement efficace. Les motifs invoqués par la commission étaient les suivants (1) : « Ce serait faire œuvre vaine que de proclamer le principe de la capacité civile de la femme tout en conservant en même temps le régime légal de la communauté des meubles et acquêts. Sous ce régime, d'une part, le mari a l'administration de toute la fortune du ménage ; la femme, même capable, ne pourrait donc accomplir sans son autorisation aucun acte juridique ayant effet pratique sur l'un quelconque de ses biens, même lui appartenant en propre. D'autre part, pour la majorité des ménages, le patrimoine commun, composé du mobilier et des acquêts, comprend tout l'avoir des époux ; or le mari, on le sait, est tout-puissant sur ce patrimoine ; il peut le dilapider à son gré sans que la femme ait le moyen efficace d'intervenir. — On ne saurait se contenter de supprimer la puissance maritale sur la personne de la femme en la conservant intacte sur les biens du ménage ; l'œuvre doit être complétée par une révision des textes relatifs aux régimes matrimoniaux ». Sur ce point, la loi de 1938 se sépare nettement du projet de 1932 qui en est l'origine. Cette scission provient d'une décision de la commission de législation du Sénat, qui craignait que le projet ne fût repoussé en bloc par le Parlement, et qui alors a proposé de soumettre à une étude plus approfondie la partie du projet qui traitait des régimes matrimo-

(1) *J. O.*, 1932, ann. 594, sess. ord., séance du 23 juin 1932.

niaux (1). En ce faisant, la commission obligeait virtuellement le Parlement à statuer dans un délai raisonnable, et c'est assurément la crainte que le projet ne sommeillât trop longtemps au Parlement qui a fait adopter cette attitude à la commission.

La méthode adoptée par le Parlement a soulevé maintes objections. En premier lieu, on a reproché à la loi d'avoir été trop vite, en prétendant qu'il aurait fallu commencer par donner à la femme mariée une demi-capacité, et cela pour éviter un bouleversement catégorique des institutions juridiques existantes. Mais c'est assurément la critique la moins fondée que l'on pourrait porter sur la loi du 18 février 1938, car rares sont ceux qui ont paru regretter que l'on allât si vite dans la voie de l'émancipation de la femme, et ceux qui auraient voulu que l'on conservât la législation antérieure n'ont critiqué la loi promulguée qu'avec une timidité caractéristique.

M. Esmein (2), par contre, s'est élevé avec véhémence contre la méthode du législateur : « Devant la résistance des praticiens, les promoteurs du projet se sont résignés, pour en faire passer au moins une partie, à ne retenir que les dispositions relatives à la puissance maritale et à la capacité. On se condamnait ainsi à faire une réforme de portée surtout sentimentale. Techniquement le résultat est mauvais ». L'objection soulevée par M. Esmein nous amène à étudier le problème suivant, à savoir s'il existe un lien nécessaire entre l'instaura-

(1) *J. O.*, sess. ord., ann. 404, Sénat, séance du 24 juin 1933.

(2) La loi sur la capacité de la femme mariée (*Gaz. Pal.*, 6-7 mars 1938).

tion de la capacité de la femme et la refonte des régimes matrimoniaux.

Comme le fait remarquer M. Ancel (1), il serait mauvais de trop vouloir chercher à concilier les méthodes employées d'une part par la Commission de la Chancellerie et, d'autre part, par la Commission du Sénat. La Commission extraparlamentaire, en effet, une fois qu'elle avait été saisie, n'avait pas à se préoccuper de la suite qui serait donnée à ses travaux. La Commission parlementaire, au contraire, cherchait par tous les moyens possibles, et au besoin en restreignant ses vues primitives, à faire aboutir le projet. Elle n'entendait pas du tout abandonner la deuxième partie relative aux régimes matrimoniaux. Il s'agissait surtout, dans son esprit, d'un « premier train » qui serait suivi plus tard par un « deuxième train » consacré à la refonte des régimes matrimoniaux (2). M. Niboyet (3) a fait d'ailleurs remarquer à la Société d'études législatives l'excellence de cette méthode qui permet de sérier les questions. Bien plus, à son avis, et pour répondre à la question que nous avons précédemment posée sur le point de savoir s'il existait un lien nécessaire entre l'instauration de la capacité de la femme et la réforme des régimes matrimoniaux, M. Niboyet estime que ce sont deux questions totalement indépendantes et qui peuvent recevoir des solutions diamétralement opposées. Les législations étrangères nous le montrent d'ailleurs clairement. Ainsi en Suisse où fonctionne le régime d'union

(1) ANCEL, *op. cit.*, p. 45, n° 23.

(2) Cf. rapport RENOULT, séance du 24 juin 1933, *J. O.*, sess. ord., ann. 404.

(3) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1935, p. 46.

des biens (1) qui correspond à peu de choses près à notre régime sans communauté dans lequel le mari est usufruitier des propres de sa femme, cette dernière jouit pourtant de son entière capacité, malgré que du fait de son régime matrimonial elle n'ait plus de pouvoirs sur ses biens. On peut de même faire une constatation analogue en Allemagne où la femme est soumise à un régime de communauté d'administration et qui est capable en principe. On peut donc conclure en disant que le législateur n'a pas fait à la femme un cadeau inutile et sans portée en lui donnant l'entière jouissance de sa capacité civile et en abrogeant l'ancienne puissance maritale : la réforme de 1938 n'est pas seulement une réforme de portée sentimentale.

Dans une première partie, nous étudierons les conséquences de la suppression de la puissance maritale. Nous verrons quelle portée il convient de donner aux articles 213 et 214 nouveaux, ainsi que les prérogatives qui sont attachées à la qualité de chef de la famille donnée au mari par l'article 213.

Dans une deuxième partie, nous examinerons la nouvelle capacité reconnue à la femme mariée par le nouvel article 214. Dans cette partie, nous nous attacherons principalement à noter quelles sont les limites qu'il faut reconnaître à cette capacité, et ceci abstraction faite du régime matrimonial adopté.

Enfin, la troisième partie sera consacrée à l'influence que la loi du 18 février a eue sur les régimes matrimoniaux. Si le législateur s'est refusé à modifier aucun des

(1) Article 178 du Code civil suisse.

textes placés sous le titre « du contrat de mariage et droits respectifs des époux », il n'en reste pas moins que, quoique les règles essentielles des régimes matrimoniaux demeurent de ce fait inchangées, certaines dispositions doivent malgré tout être considérées soit comme abrogées tacitement, soit comme inutiles. Au contraire, d'autres dispositions ne devront être vues qu'à travers le nouvel article 215.

PREMIERE PARTIE

La suppression de la puissance maritale

CHAPITRE PREMIER

Les conséquences de l'abrogation de l'ancien article 213

L'ancien article 213 du Code civil décidait que : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ». Cet article a été abrogé par la loi de 1938, mais le mari demeure « chef de la famille ».

Nous verrons dans une section première quelle était l'étendue de la puissance maritale avant 1938 et les conséquences que la jurisprudence avait tirées de l'existence du devoir d'obéissance. Les deux prérogatives essentielles du mari, chef de la famille, sont actuellement le droit qu'il possède de fixer la résidence du ménage et celui de s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée. Les deux prérogatives maritales seront étudiées dans le chapitre deuxième.

SECTION PREMIÈRE

LE DEVOIR D'OBEISSANCE AVANT 1938

En règle générale, la femme devait obéir à son mari toutes les fois qu'elle en était requise. Le devoir d'obéissance s'étendait à tous les domaines quels qu'ils soient, sauf quelques exceptions.

En premier lieu, le mari avait un droit de surveillance sur les relations de sa femme, sur sa correspondance et sur le choix de sa profession. Reprenons chacun de ces points.

Le devoir de protection du mari qui lui était reconnu par l'ancien article 213 impliquait pour lui le droit et l'obligation de surveiller les relations du ménage. Toutefois, le mari ne pouvait pas priver arbitrairement sa femme d'avoir des relations avec ses propres parents (1).

Nous pouvons faire les mêmes remarques pour le droit de surveillance qu'avait le mari sur la correspondance de sa femme. Le mari pouvait se faire remettre par la poste les lettres, cartes et télégrammes adressés à sa femme (2), mais celle-ci jouissait quand même de certaines garanties. L'Administration des Postes (3) exigeait du mari qui prétendait intercepter la correspondance de sa femme que celui-ci fût muni d'une ordonnance du juge.

Cette dernière conséquence du devoir général d'obéissance était nettement injuste, car en cas de divorce ou de séparation de corps elle ne plaçait pas les deux époux sur un même pied d'égalité, puisque le mari pouvait verser à l'appui de sa demande des écrits émanant de sa femme qu'il aurait interceptés. La jurisprudence était toutefois libre de les prendre en considération ou non. De même la jurisprudence (4) avait

(1) En ce sens : Paris, 13 juillet 1898 : D. 1899, 1, 358.

(2) Bordeaux, 15 mai 1929 : G. P. 1929, 2, 28.

(3) Instructions postales sur le fonctionnement du service des postes, art. 157.

(4) Req., 6 août 1907 : D. 1907, 1, 512; Req., 5 mars 1918 : S. 1918, 1, 175; Req., 5 février 1900 : D. 1901, 1, 45.

tendance à décider qu'un mari ne peut pas confisquer ou arrêter la correspondance de sa femme sans motif plausible ou se livrer à une inquisition systématique de caractère blessant. Il arrivait aussi que le pouvoir de contrôle du mari disparût complètement dans certains cas. Ainsi il disparaissait complètement lorsque la femme, exerçant une profession séparée, avait besoin de l'indépendance ou du secret pour se livrer librement à l'exercice de sa profession. Dans ce cas, on ne pouvait pas dire qu'il s'agissait en l'occurrence d'une autorisation générale et anticipée de recevoir n'importe quel courrier.

La liberté de correspondance reconnue à la femme exerçant une profession séparée était bien plutôt la conséquence nécessaire de l'autorisation qu'elle avait reçue d'exercer une profession. Lorsqu'il n'y avait plus ménage proprement dit, le pouvoir de contrôle disparaissait également; cela n'avait pas lieu seulement lorsque la séparation de corps avait été prononcée, mais aussi pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce (1).

Le mari avait aussi un droit de contrôle sur la profession de sa femme. Nous verrons les conséquences de ce droit au chapitre II, lorsque nous étudierons le droit de veto actuellement reconnu au mari par le nouvel article 216 de s'opposer à l'exercice d'une profession séparée de sa femme.

D'après l'article 214 ancien, la femme était obligée d'habiter avec son mari et « de le suivre partout où il juge à propos de résider ». La jurisprudence avait mis un certain nombre de restrictions à cette dernière obli-

(1) Bordeaux, 15 mars 1929 : D. 1930, 2, 129.

gation. Tout d'abord elle se servait de l'abus du droit pour admettre qu'une femme pouvait refuser de suivre son mari dans un pays qui nuirait à sa santé (1). De même lorsque le mari n'offrait pas à sa femme un logement convenable, le juge pouvait autoriser celle-ci à demeurer séparée de lui (2). L'obligation de la femme de suivre son mari partout où il jugeait à propos de résider était subordonnée à la condition que ce dernier non seulement lui fournirait tout ce qui était nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état, mais encore protégerait sa sécurité et sa dignité (3). De plus la loi n'avait pas dit dans l'article 214 ancien, « partout où il lui plaît de voyager » ; par conséquent, on admettait que lorsqu'un mari était continuellement en voyage et ne se fixait nulle part, il était impossible d'imposer à la femme des déplacements constants.

Une autre conséquence de la puissance maritale se trouvait inscrite dans l'article 1388 (4) au titre « du contrat de mariage et des droits respectifs des époux ». Aux termes de cet article, « les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre *De la puissance paternelle* et par le titre *De la minorité, de la tutelle et*

(1) Alger, 3 février 1879 : S. 1880, 2, 318.

(2) Req., 20 novembre 1860 : D. P. 1861, 1, 305.

(3) Req., 20 novembre 1860 : D. P. 1861, 1, 305 ; Req., 2 janvier 1877 : D. P. 1877, 1, 162.

(4) L'article 1388 n'a pas été abrogé par la loi de 1938, mais nous verrons qu'il n'en faut pas conclure que le législateur ait voulu par là sanctionner les droits du mari chef de la famille.

de l'émancipation, ni aux dispositions prohibitives du présent Code ».

En conséquence, on déduisait de cet article que puisqu'il était interdit de porter atteinte par des conventions à la puissance du mari comme chef et à l'autorité paternelle, c'est que le mari devait être considéré comme le chef et que la femme devait se soumettre à sa direction. Le mari avait le pouvoir de décision suprême quand il s'agissait soit de la direction des enfants, soit de l'orientation générale du ménage avec tout ce que cela comportait pour la profession de la femme et pour l'administration des biens.

Certains expliquaient par la puissance maritale les pouvoirs prépondérants du mari dans l'administration de la communauté conjugale. Mais ce point de vue doit être écarté, comme nous l'avons vu dans le chapitre préliminaire.

L'Administration avait tiré de la puissance maritale édictée par le Code civil des conséquences qui étaient nettement exagérées par rapport aux nécessités de l'existence. Ainsi, une femme mariée ne pouvait s'inscrire en vue d'un examen ou d'un concours sans être munie de l'autorisation de son mari. Pour un concours, l'exigence de l'Administration pouvait encore à la rigueur se justifier, parce qu'un concours peut être considéré comme la préface du choix futur d'une profession. Mais exiger l'autorisation maritale pour s'inscrire à un examen, était vraiment exagéré et choquant. L'Administration formulait les mêmes exigences pour la demande de carte d'identité ou de passeport.

Certains attributs de la puissance maritale qui existaient jadis dans la loi ou dans les mœurs avaient déjà

disparu avant la promulgation du Code de 1804. Il s'agissait du droit de correction qui existait dans notre ancien droit. Mais vu les modifications de mœurs, la loi civile décidait déjà que les coups et sévices constituaient un motif de divorce ou de séparation de corps. La jurisprudence avait de plus décidé par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation (1) en date du 9 février 1923 que « l'exercice de l'autorité maritale ne saurait comporter l'emploi d'un moyen de coercition constitutif d'une infraction pénale ». Mais on peut trouver des décisions en sens contraire (2).

Une autre application de la liberté personnelle de la femme concernait la liberté de conscience qui lui était déjà reconnue avant 1938. On estimait que le mari ne pouvait ni contraindre sa femme à suivre les rites d'une religion, ni, au contraire, l'obliger à s'abstenir des exercices de sa propre religion.

Avec la loi du 10 août 1927 (modifiée par le décret du 12 novembre 1938), la puissance maritale a subi un recul manifeste, puisque l'unité de nationalité du ménage était compromise. Le Code civil avait décrété, en effet, que la femme française perdait de plein droit sa nationalité si elle épousait un étranger et inversement, si elle était étrangère, elle acquerrait immédiatement la nationalité française si elle épousait un mari français. La loi du 10 août 1927 est venue consacrer le principe de la liberté pour la femme mariée de conserver sa nationalité personnelle au moment du mariage. Au cours du mariage, de même, la liberté de la femme en matière de nationalité avait été admise, en ce sens que lorsqu'un

(1) G. P. 1923, 2, 5.

(2) Chambéry, 4 mai 1872 : D. 1873, 2, 129.

mari se fait naturaliser dans une nationalité nouvelle, ou au contraire réintégrer dans une ancienne, cet acte n'aurait pas un effet nécessaire sur la nationalité de la femme.

Si l'on ne se réfère qu'aux textes du Code civil, on pourrait croire aisément que la femme était réellement inférieure à son mari. Mais les mœurs, comme nous venons de le voir, avaient bien adouci la rigueur primitive que le Code prétendait imposer. Pourtant les tribunaux n'avaient pu admettre sans modification législative expresse des pratiques nettement contraires aux textes. C'est pour cette raison que le devoir général d'obéissance s'était maintenu, en principe tout au moins. La conséquence qui en résultait sur le terrain de la pratique aboutissait à une injustice flagrante, puisque, en cas de refus d'obéissance par la femme, le mari pouvait intenter une action de divorce ou de séparation de corps basée sur l'injure grave.

SECTION DEUXIÈME

SUPPRESSION DES DEVOIRS D'OBEISSANCE ET DE PROTECTION

En supprimant le devoir général d'obéissance par l'abrogation de l'ancien article 213, il appert que le législateur de 1938 a voulu par là mettre fin à la puissance maritale telle qu'elle était conçue, tant par la doctrine que par la jurisprudence (1).

Sur le fait que le devoir d'obéissance est désormais

(1) SAUTIER, *Les lois nouvelles*, 1938, 1, 50.

supprimé, les travaux préparatoires de la loi de 1938 ne laissent aucun doute à ce sujet. Nous lisons dans l'exposé de M. Renoult que « le projet tend tout d'abord à mettre fin à la puissance maritale et à rendre à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile... » En conséquence, la femme n'est plus sous la dépendance de son mari, d'abord en ce qui concerne le gouvernement de sa personne.

La suppression du devoir d'obéissance entraîne notamment la liberté d'exercer un commerce (1) ou une profession sans le consentement de son mari; elle comporte la suppression du contrôle du mari sur la correspondance de sa femme, la possibilité pour celle-ci de se faire délivrer des pièces d'identité, un passeport sans l'intervention de son mari (2). Quoique depuis la déposition du projet de 1932 dont nous venons de citer les principaux passages de l'exposé des motifs qui concernent la suppression du devoir général d'obéissance, on ait reconnu depuis au mari la qualité de chef de la famille, et bien que la portée de cette formule due à un amendement de M. Pernot (3) mérite un examen plus approfondi, ce que nous ferons dans le chapitre suivant, nous pouvons dire dès maintenant que l'adoption de cette formule ne doit pas être considérée comme devant avoir pour effet « de faire revivre sous une autre forme, l'obligation d'obéissance » (4).

Il paraît difficile, sinon impossible, de faire une liste qui prétendrait être complète de tous les cas où la puis-

(1) Sous réserve de ce qui sera dit dans le chapitre II.

(2) *J. O.*, 1932, annexe 594. Sess. ord., séance du 23 juin 1932.

(3) *J. O.*, Déb. parl. Sénat, p. 1564, séance du 8 décembre 1936.

(4) ANCEL, *op. cit.*, n° 29, p. 57.

sance maritale pouvait se manifester et où maintenant l'indépendance de la femme à l'égard de son mari apparaîtrait. Nous ne donnerons que des exemples.

En premier lieu, la femme devient entièrement libre pour tout ce qui ne touche qu'elle-même personnellement. Ainsi elle est libre de dépenser ses revenus comme elle l'entend, elle peut se vêtir et se parer comme bon lui semble, et son mari ne pourrait plus former des observations à ce sujet. Elle pourra de même se faire soigner par le médecin de son choix ou s'adresser à tel conseil juridique qu'il lui plaira de consulter.

De même, elle n'aura plus besoin d'être munie de l'autorisation de son mari pour s'inscrire à un concours ou à un examen; il en sera de même lorsqu'elle fera une demande de passeport ou de carte d'identité. En effet, le rapporteur au Sénat a spécifié que la femme mariée pourra désormais « se faire délivrer une carte d'identité, se présenter librement à un examen, obtenir un passeport dont le refus, jusqu'à ce jour, a été pour elle une juste cause d'irritation » (1). Jusqu'à la réforme, les règlements administratifs avaient appliqué à la lettre le principe général d'incapacité. On doit toutefois signaler que depuis le 14 juin 1937, une circulaire du Ministre de l'Intérieur avait admis le principe que dans certains cas, il n'était pas toujours nécessaire d'avoir le consentement marital pour l'obtention des passeports et des cartes d'identité françaises.

La femme mariée peut aussi changer de nationalité depuis la loi du 10 août 1927; mais une circulaire du Garde des Sceaux en date du 19 février 1938 (2) a

(1) *J. O.*, 1937, Sénat, D. P., p. 347.

(2) *Gaz. Pal.*, 22 février 1938.

apporté certaines précisions. Le Ministre de la Justice rappelle tout d'abord les nouveaux principes, à savoir que « la femme a, légalement, entière capacité pour changer de nationalité et la recevabilité d'une demande de naturalisation ou de réintégration ne peut plus être subordonnée à l'autorisation maritale », mais il réserve la question de l'opportunité de cette naturalisation ou réintégration lorsqu'il y aurait à craindre qu'elle ne se fît à l'insu ou contre le gré du mari. C'est l'intérêt de la famille qui devra inspirer la décision de la Chancellerie et elle ne sera jamais tenue d'agréer la demande présentée par la femme.

En conséquence on peut supposer qu'étant donné le fait qu'il est fort rare que la Chancellerie soit disposée à naturaliser des femmes seules, cette dernière refusera sans doute d'accéder à la demande formulée par la femme mariée étrangère, à moins que toutefois cette demande paraisse déjà devoir être l'amorce de la naturalisation de la famille tout entière. L'opposition du mari peut pourtant, dans certains cas, paraître fort justifiée, selon l'avis de M. Ancel (1). En effet, la femme une fois naturalisée pourrait être amenée à suivre son mari étranger dans son pays d'origine, et comme les enfants nés en France d'une mère française sont eux-mêmes automatiquement Français, il pourrait y avoir ainsi bien des inconvénients à conférer ainsi une nationalité française théorique à des enfants que leur père voudrait peut-être ramener un jour définitivement dans leur pays d'origine. Mais cette critique de M. Ancel ne paraît pas opportune, car le même cas peut se produire si une Française épouse un étranger et qu'elle ait des

(1) ANCEL, *op. cit.*, n° 71, p. 136.

enfants nés en France qui seront plus tard ramenés dans le pays d'origine du mari. En effet, d'après l'article 8 *bis* de la loi du 10 août 1927 (Décret du 12 novembre 1938), « la femme française qui épouse un étranger conserve la nationalité française, à moins que, par déclaration souscrite avant la célébration du mariage, elle ne déclare expressément vouloir acquérir, en conformité des dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier ».

Quoi qu'il en soit, ces mesures de précaution sont évidemment utiles tant que l'on aura pas modifié l'actuelle législation sur la puissance paternelle et que l'on n'aura pas reconnu à la mère des droits égaux à ceux du père. Il faut toutefois espérer que la circulaire du Garde des Sceaux ne serve pas de prétexte pour revenir d'une façon détournée à l'ancien état de choses. Malgré tout, il semble qu'elle donne à la qualité de chef de famille une portée bien plus considérable que la législation nouvelle ne paraît avoir voulu lui conférer.

Le devoir de protection que l'ancien article 213 reconnaissait au mari comme contre-partie du devoir d'obéissance de la femme a disparu également de notre droit positif. M. Savatier (1) se demande s'il ne s'agit pas là d'une inadvertance du législateur, car on peut se poser la question de savoir si la loi de 1938 qui a été faite dans le but d'améliorer la condition de la femme et qui commence par lui retirer la protection de son mari, répond bien au but qui lui a été assigné. Mais ces critiques semblent mal fondées, car le devoir de pro-

(1) Les lois nouvelles, 1938, 1, 54.

tection était dépourvu d'aucune efficacité pratique (1) : ce n'était en somme qu'une formule morale et la jurisprudence ne s'était jamais préoccupée de lui reconnaître aucune portée juridique précise.

A notre avis, le législateur a bien fait de supprimer le devoir de protection de la nouvelle rédaction de l'article 213, car il ne correspondait plus guère à l'état actuel des mœurs. Cette formule ne correspondait plus en effet qu'à une affirmation nouvelle et sans portée de la situation inférieure par rapport à celle du mari où le législateur de 1904 avait voulu placer la femme. « Les choses ont bien changé depuis 1804, et, lorsqu'il s'agit par exemple d'une femme médecin ou avocat, le seul énoncé du devoir de « protection » du mari prend un aspect à tout le moins dérisoire. Et l'on ne saurait objecter qu'en d'autres milieux la femme peut avoir encore besoin de protection; car il serait malheureusement trop aisé de répondre qu'en pareil cas, c'est souvent contre son mari que la femme doit d'abord être protégée » (2).

Si l'on considère le devoir de protection comme devant être rempli par une aide pécuniaire, ou plus généralement matérielle, remarquons que l'article 212 instituant le devoir réciproque de secours et d'assistance n'a pas été modifié en 1938. On peut retrouver assurément dans ces deux termes une certaine idée de protection qu'il convient de ne pas négliger.

Deux articles du Code de 1804 relatifs à la procédure du divorce et de la séparation de corps, aujourd'hui

(1) Cf. GRINBERG et SIMON, *Les droits nouveaux de la femme mariée*, p. 93.

(2) ANCEL, *op. cit.*, n° 27, p. 55.

abrogés par la loi de 1938, reflétaient la position subalterne de la femme mariée par rapport à son mari. Ces deux articles n'étaient en somme qu'une application de la puissance maritale. Aux termes de ces articles, la femme en instance de divorce ou de séparation de corps était tenue de justifier de sa résidence toutes les fois qu'elle en était requise, et cette résidence devait être indiquée par le juge dans l'ordonnance permettant de citer. Au cas où la femme n'aurait pas pu justifier de sa résidence, le mari était alors en droit de refuser le versement de la pension alimentaire qu'il aurait pu avoir à lui allouer, et lorsque la femme était demanderesse, « la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites ».

Actuellement, le nouvel article 236 est rédigé comme suit : « Le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément ». Sur ce point, les deux époux sont donc placés sur un même pied d'égalité; l'époux demandeur, qu'il s'agisse du mari ou de la femme, pourra désormais résider où bon lui semble, et s'il s'agit de la femme, cette dernière pourra changer de résidence sans avoir à obtenir l'autorisation préalable du juge. Un jugement (1) du tribunal civil de Lyon, en date du 25 février 1938, fait application de l'article 236 nouveau : « Pendant l'instance en divorce, la femme est libre de résider où bon lui semble, même chez son amant sans qu'on puisse l'en faire expulser ».

La conséquence de l'abrogation des articles 236 et 241 a été, et cela sur la demande de M. Pernot, la modification de l'article 238 aux termes duquel le juge pou-

(1) Gaz. Pal., 29 avril 1938.

vait « statuer en tout état de cause en référé sur la résidence de la femme ». Désormais cette dernière partie de l'article 238 a été abrogée. Mais il est regrettable qu'il en ait pas été de même pour l'alinéa 2, où il est encore question de changement de résidence provisoire de l'époux demandeur. En effet, il ne peut s'agir dans ce cas du mari, car ce dernier peut évidemment changer de résidence sans avoir à faire intervenir la justice. Puisque actuellement la femme n'a plus, par suite de l'abrogation de l'article 236, à justifier de sa résidence, il semble que l'alinéa 2 de l'article 238 aurait dû être modifié. Malgré ces considérations, le maintien de l'article 238, alinéa 2, peut encore se justifier à l'heure actuelle, car l'article 238 donne seulement au juge la faculté d'autoriser la résidence séparée de l'époux demandeur par le permis de citer, et au cas où il ne l'aurait pas fait dans ce permis, il lui serait loisible de le faire encore par l'ordonnance de non-conciliation.

La loi de 1938 a abrogé de plus l'alinéa 4 de l'article 238 qui était ainsi conçu : « Par le fait de cette ordonnance (de non-conciliation), la femme est autorisée à faire toutes les procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites ». Ces dispositions qui se justifiaient avant la réforme en tant qu'exceptions au principe de la puissance maritale devaient évidemment être supprimées par la loi nouvelle.

La suppression du devoir général d'obéissance a eu aussi une influence sur les conditions de fond du divorce et de la séparation de corps. Actuellement, en effet, le refus d'obéissance opposé par la femme à son

mari ne peut plus être pris en considération par les tribunaux, et le divorce ou la séparation de corps ne pourra plus être prononcé au profit du mari pour ce motif. De plus, si la femme est demanderesse, il lui sera dans bien des cas beaucoup plus facile d'établir l'injure grave, puisque désormais elle n'aura plus besoin de prouver que le contrôle exercé par son mari sur sa correspondance a été fait d'une manière blessante : elle n'aura simplement qu'à établir que son mari a intercepté sa correspondance. Sur ce point, depuis 1938, les deux époux sont placés sur un même pied d'égalité.

L'article 420 du Code civil a été modifié par la loi de 1938 pour permettre à la femme mariée d'être subrogée tutrice sans l'autorisation de son mari. Il peut paraître surprenant que l'alinéa 2 de l'article 405 ait été maintenu. Aux termes de cet article, l'autorisation maritale est toujours exigée pour que la femme puisse être nommée tutrice par le conseil de famille. Il ne faut pas croire pourtant qu'il s'agisse là d'une inadvertance du législateur puisque le mari de la femme tutrice devient nécessairement cotuteur responsable.

Les articles 399 et 400 du Code civil, modifiés par la loi du 20 mars 1917, ont également été abrogés par la loi de 1938. L'article 399 décrétait que « la mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage ne peut plus leur choisir ni un tuteur, ni une tutrice ».

D'après l'article 400, le choix d'un tuteur ou d'une tutrice fait par la mère remariée et maintenue dans la tutelle devait être approuvé par le conseil de famille. Ces deux dispositions sont désormais abrogées, mais il

est curieux de constater que l'article 395 a lui été maintenu par la loi de 1938. Cet article est ainsi conçu : « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée ». L'alinéa 2 indique quelles sont les sanctions qui seront appliquées, au cas où la prescription de l'alinéa 1^{er} n'aurait pas été observée. Un troisième alinéa avait été ajouté à l'article 395 par la loi du 20 mars 1917 pour imposer la même obligation à la tutrice autre que la mère si elle se marie ou se remarie.

M. Ancel (1) fait remarquer que le maintien de l'article 395 peut avoir des résultats fâcheux, en ce sens « qu'une femme écartée de la tutelle à propos de son remariage avec un homme que l'on considérerait comme indigne de devenir cotuteur de ses enfants, pourrait, par testament, le nommer tuteur de ces derniers, sans qu'aucun recours soit désormais possible contre cette désignation ». A notre avis, il aurait mieux valu abroger purement et simplement, non seulement l'article 395, mais aussi l'alinéa 2 de l'article 405 qui oblige la femme mariée à être munie de l'autorisation de son mari pour être tutrice, et décider que désormais le mari ne deviendrait plus cotuteur.

La loi de 1938 a abrogé l'article 381 du Code civil qui ne permettait à la mère « d'obtenir le placement de son enfant, qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels », et, si elle était remariée sans l'avis conforme du conseil de famille. Certains auteurs, en particulier M. Savatier (2), ont prétendu que malgré

(1) ANCEL, *op. cit.*, n° 85, p. 164.

(2) SAVATIER, *op. cit.*, p. 63.

l'abrogation de l'article 381 la mère ne pourrait pas obtenir le placement de son enfant par voie d'autorité; mais il semble que cette opinion ne doive pas prévaloir, car on ne peut exiger des formalités qui ne sont plus prévues par les textes. Pourtant, si la mère est remariée, elle n'aura certes plus à se conformer aux dispositions de l'article 468 qui exigeait pour le placement du mineur une décision du conseil de famille prise à l'unanimité, mais elle devra toujours agir suivant les formes et conditions de l'article 377, car l'article 380, modifié par le décret du 30 octobre 1935, exige que le père remarié se conforme aux dispositions de l'article 377. Il serait certes paradoxal de permettre à la mère remariée d'agir par voie d'autorité, même malgré l'abrogation de l'article 381, et de l'interdire au père!

CHAPITRE DEUXIEME

Le mari, chef de la famille

SECTION PREMIERE

LA QUALITE DE CHEF DE FAMILLE

La formule de l'article 213 nouveau, « le mari, chef de la famille », est due à un amendement de M. Pernot (1). L'expression « chef de la famille » ne se trouvait pas dans le projet initial de 1932. Cette modification a donné lieu à un grand nombre de discussions parmi les sénateurs. En première lecture, l'amendement, accepté par la Commission et par le Gouvernement, se trouvait conçu comme suit : « Le mari est le chef de la famille. La femme est obligée d'habiter avec son mari; celui-ci est tenu de la recevoir; le mari a le choix de la résidence du ménage ». Entre la première et la seconde délibération, la Commission proposa que la motion votée fût modifiée et rédigée de la manière suivante (2) : « Le mari, chef de la famille, a le choix de la résidence du ménage; la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir ».

La conception « le mari, chef de la famille » a sou-

(1) *J. O.*, Déb. parl. Sénat, p. 1564, séance du 8 décembre 1936.

(2) *J. O.*, 19 mars 1937, Déb. parl. Sénat, p. 147 et s.

levé au Sénat de nombreuses discussions. Actuellement, l'autorité du chef de famille ne s'exerce plus que sur deux points précis : le droit de fixer la résidence du ménage, et celui de s'opposer à l'exercice d'une profession séparée par la femme. Malheureusement rien n'a été changé, comme nous l'avons vu à la fin du chapitre précédent, au chapitre « De la puissance paternelle » qui est, sauf exception, toujours exercée par le père (1). Il est regrettable que sur ce point les vœux des organisations politiques qui demandaient le partage égal de la puissance paternelle entre le père et la mère n'aient pas été suivis.

M. Pernot, dans son exposé au Sénat (2), avait tenté de montrer qu'« au premier rang des besoins de la famille, il y a la nécessité, comme dans toute société, d'une autorité, d'un pouvoir de décision ». A l'appui de cette conception, M. Pernot avait demandé que l'on insérât en tête de l'article 213 la formule : « le mari est le chef de la famille ». M. Pernot, en essayant de montrer que cette formule n'était pas inutile, quoique en réalité tout ce qu'il demandait était déjà inclus dans les diverses dispositions du projet de loi, invoquait l'exemple des législations étrangères, en particulier du droit allemand (3), italien (4) et suisse (5), qui, tout en ayant

(1) Article 373 du Code civil.

(2) *J. O.*, Déb. parl. Sénat, p. 1564, séance du 8 décembre 1936.

(3) L'article 1354 du Code civil allemand donne au mari le pouvoir de décision dans toutes les affaires concernant la vie conjugale.

(4) L'article 131 de la loi italienne de 1919 est conçu comme suit : « Le mari est le chef de la famille. La femme suit la condition de son mari... ».

(5) L'article 160 du Code fédéral suisse décide que « le mari est le chef de l'union conjugale ».

admis la capacité de principe de la femme mariée, n'en continuent pas moins à reconnaître au mari une certaine prépondérance, qui doit être distinguée de l'ancienne puissance maritale (1). A son avis, « il y a un grand intérêt d'abord sur le plan juridique, ensuite sur le plan moral et social à faire cette addition », car on pourrait craindre que l'omission d'un pouvoir de décision pourrait multiplier les « recours devant les magistrats pour mettre fin à un désaccord entre mari et femme et faire trancher un problème qui intéresse seulement le foyer ». Cette conséquence aurait l'inconvénient de favoriser les divorces en donnant aux justiciables l'habitude de prendre le chemin des tribunaux. Mais cet argument n'est guère probant, à notre avis, car si le désaccord entre les époux n'est pas tranché, il risque de s'aggraver et précisément de provoquer un divorce. De plus, si le mari possède un pouvoir de décision et s'il l'utilise à contre-temps, le seul moyen pour la femme d'y échapper est de divorcer.

M. Alexandre Bachelet, après avoir déposé un amendement (2) tendant à donner une nouvelle forme à l'article 213, a fait une vive critique de la théorie de M. Pernot. Le texte initial proposé par M. Bachelet était le suivant, et il est regrettable qu'il n'ait pas été intégralement maintenu et adopté (3), bien que la formule de

(1) Une controverse s'est élevée en Suisse à la suite de la promulgation du nouveau Code civil sur le point de savoir si la puissance maritale avait été supprimée ou non. Il semble bien que la prééminence du mari ne soit plus que morale.

(2) *J. O.*, Doc. parl., 20 mars 1937, p. 349.

(3) Devant les observations faites par la Commission qui l'avait repoussé, M. BACHELET avait finalement renoncé à la première partie de son amendement et ne concluait plus qu'à la suppression de la formule « chef de la famille ».

M. Pernot n'ait, comme nous le verrons plus loin, aucune valeur juridique propre : « Les époux sont solidaire quant aux responsabilités et aux devoirs du ménage. Le mari détermine le domicile conjugal en tenant compte des obligations qui lui sont propres, conciliées avec les convenances respectives des deux époux. La femme est obligée d'habiter avec son mari ; celui-ci est tenu de la recevoir ». C qu'il y a de particulièrement remarquable et ce qui est dans la logique des choses dans l'amendement de M. Bachelet, c'est l'affirmation qu'on y trouve de solidarité entre les époux quant aux responsabilités et aux charges du ménage. Lors de la discussion, M. Bachelet a critiqué avec véhémence la notion de chef de famille. En théorie, il n'y a pas de doute que cette expression a pour effet de réduire la portée de la réforme. En effet, « à un chef, on doit obéissance. A quoi servirait-il d'être chef si l'on ne devait pas être obéi ? Etre chef, c'est avoir le pouvoir de décision ». S'il faut reconnaître une hiérarchie, ce ne doit être que « celle du savoir, de l'intelligence, du jugement, du mérite, mais non celle de la force ou d'une autorité imposée. Or, dans le mariage, qui peut dire par avance quel est celui des deux conjoints qui possédera ces deux qualités au degré le plus élevé ? Ce peut être l'homme, mais ce peut être la femme ; pourquoi vouloir légalement subordonner l'un à l'autre ? Dans une association qui ne comprend que deux personnes, est-ce vraiment nécessaire ? Ne voyons-nous pas fréquemment deux ou plusieurs personnes s'associer dans un but commercial ou industriel, en conservant des droits égaux ? Dans un ménage, c'est de l'union des époux, de leur bonne entente, de leur affection réciproque que doivent résul-

ter des décisions communes, qu'il s'agisse de l'avenir des enfants ou de l'intérêt des époux eux-mêmes ».

Le rapporteur, M. Renoult, n'accepta pas l'amendement de M. Bachelet. Mais il est curieux de constater qu'en somme leurs opinions se rejoignaient, puisque le titre de « chef de la famille » ne devait avoir dans l'esprit de M. Renoult qu'une portée purement morale.

Au cours de la discussion au Sénat, M. Viollette, Ministre d'Etat, après avoir tout d'abord accepté l'amendement de M. Pernot, a vivement critiqué (1) le principe d'obéissance et partant le terme de « chef de la famille » au moyen duquel certains avaient tenté d'amoindrir la réforme. Et M. Viollette de montrer combien il est arbitraire de donner d'autorité au mari le titre de chef, alors que dans nombre de cas la femme, supérieure intellectuellement à l'homme, assure elle-même le rôle de protectrice. La hiérarchie, en effet, paraît bien plutôt « devoir s'établir dans le ménage par le consentement des deux époux que par un ordre du législateur ». Y a-t-il de plus une si grande différence entre le texte nouveau et le devoir d'obéissance de l'ancien article 213? » D'après M. Viollette, l'expression « chef de la famille » équivaut en réalité à dire que le mari est le chef de l'épouse. Ce dernier souhaite au contraire que la famille soit « une solidarité, une société d'intérêt et d'affection ». Ne serait il pas bien plus juste, en effet, de laisser aux deux associés le soin de décider quel est celui d'entre eux qui aura l'autorité morale qui devra prévaloir, quoique pourtant juridiquement la

(1) *J. O.*, Doc. parl. Sénat, 1937, p. 351.

comparaison de l'institution du mariage avec une société ou une association soit inexacte, car si les associés conservent une certaine liberté, dans le mariage au contraire, les époux voient leur liberté d'action entravée par leurs devoirs familiaux et leur liberté se trouve diminuée d'autant.

La formule employée par le législateur dans l'article 213 nouveau se révèle en somme comme une transaction entre la tendance suivant laquelle la femme doit obéir aveuglément à son mari et celle où les deux époux sont placés sur un même pied d'égalité. On peut même dire que c'est de plus la constatation d'un fait social, puisqu'en général, c'est le mari, à tort ou à raison, qui exerce d'un commun accord les fonctions de chef de famille. Mais il n'en reste pas moins qu'il est certes arbitraire d'accorder d'autorité au mari le titre de chef, alors que la femme, non seulement peut lui être supérieure tant en intelligence qu'en savoir, mais encore peut par sa fortune personnelle ou par son travail contribuer davantage que lui aux charges du ménage.

D'ailleurs, la formule du nouvel article 213 ne repré-

sente heureusement rien, puisqu'il résulte des déclarations de M. Renoult que ce qui comptait dans la loi nouvelle, ce ne pouvait être le titre accordé au mari, mais bien les dispositions positives qu'elle décrète. Il ajoutait de même pour bien montrer qu'il ne fallait à aucun prix donner à ce titre une valeur juridique précise qu'on l'avait placé entre virgules, autrement dit sous la forme d'une incidente (1).

(1) Dans une chronique au D. H., M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE

Si l'on ne voulait pas tenir compte des déclarations du rapporteur, on n'aurait qu'à se demander en effet quelle pourrait être la sanction de ce prétendu droit de commander. Or on remarque tout de suite qu'il ne saurait y en avoir hors des limites des dispositions purement positives des textes de la loi de 1938. Au cas où la femme refuserait de se soumettre à la volonté du chef de famille, il ne pourrait plus y avoir d'injure grave par suite de l'abrogation de l'article 213 ancien. La formule « le mari, chef de la famille » paraît n'avoir été qu'une tentative heureusement avortée pour rétablir sous une forme atténuée l'ancien devoir d'obéissance.

M. Ancel (2) a vivement critiqué la méthode employée par le législateur dans l'article 213 nouveau. En effet, tout en approuvant l'admission de la formule « le mari, chef de la famille » ainsi que les motifs qui ont poussé M. Pernot à déposer son amendement, M. Ancel fait remarquer que la méthode qui consiste à « glisser la reconnaissance de certains de ces principes par voie d'incidente, dans un texte de pure réglementation », est détestable au point de vue juridique comme au point de vue moral. A son avis, on eût dû mettre en lumière, dans un chapitre préliminaire au droit des gens mariés, les principes sur lesquels on prétendait bâtir le droit de la famille. M. Ancel ajoute qu'« il nous paraît encore plus discutable du point de vue législatif, de mêler aux règles légales positives de pures « règles morales » dépourvues de toute portée juridique précise ».

a insisté sur l'importance qu'avait la mise entre virgules de la formule de l'article 213. D. H. 1938, p. 25:

(2) ANCEL, *op. cit.*, n° 36, p. 72.

En effet, c'est risquer de faire naître des malentendus, voire des procès, sur la portée même de ces textes et de poser à l'interprète chargé d'appliquer la loi des problèmes qu'il n'est pas à même de résoudre.

La loi de 1938 n'ayant pas entendu modifier les textes des régimes matrimoniaux a laissé intact l'article 1388 qui comporte toujours l'expression « puissance maritale ». Il ne faudrait pas en conclure qu'en maintenant l'article 1388 tel que l'avait conçu le législateur de 1804, on ait voulu par là sanctionner les droits du mari chef de famille. Les travaux préparatoires nous éclairent suffisamment sur ce point : l'article 1388 doit seulement signifier maintenant qu'il est interdit aux époux de déroger non pas à la puissance maritale telle qu'elle existait auparavant, mais à ce qui en reste maintenant.

La loi a prévu dans le dernier alinéa de l'article 213 nouveau certains cas où la qualité de chef de famille cesse d'être reconnue au mari. Ce texte est dû à un amendement de M. Lefas (1) qui fut adopté par le Sénat lors de la deuxième délibération. Il est curieux de constater que lors de la discussion ce texte fut soutenu par les adversaires de la formule « le mari, chef de la famille » qui espéraient ainsi lui faire perdre de sa force. Mais l'attitude inverse eût certes été plus logique, car l'amendement de M. Lefas n'a fait en somme qu'attirer l'attention sur le titre de chef de famille. Comme le dit très justement M. Ancel (2), « en prenant tant de précautions pour restreindre, dans ces divers cas, la portée

(1) *J. O.*, Déb. parl., 1937, p. 353.

(2) ANCEL, *op. cit.*, n° 35, p. 71.

de la formule, on tend à donner à celle-ci — involontairement peut-être, mais nettement — une signification plus large ».

La loi mentionne deux cas où la qualité de chef de famille peut être perdue, mais on remarque tout de suite que le premier est très large et couvre le second : « La qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari : 1° dans les cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté, et de séparation de corps ; 2° lorsqu'il est condamné, même par contumace, à une peine criminelle, pendant la durée de sa peine ».

L'absence est le premier cas qu'énonce l'article 213, alinéa 3. C'est l'hypothèse où un mari a disparu du domicile conjugal et ne donne plus signe de vie. Pour que la qualité de chef de famille cesse de lui être acquise, il faut que le jugement de déclaration d'absence soit intervenu, à moins que par extension on puisse dire que si le mari ne donne plus signe de vie, il soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Lorsque le mari est interdit, ou encore lorsque la séparation de corps a été prononcée, la perte de la qualité de chef de famille résultera de plein droit du jugement.

L'expression « dans l'impossibilité de manifester sa volonté » est bien plus vague que les autres et peut faire naître certaines difficultés. En premier lieu, remarquons qu'à part le cas de séparation de corps, elle comprend toutes les autres hypothèses, y compris le cas d'une condamnation à une peine criminelle. Il semble qu'il faille entendre par « impossibilité de manifester sa volonté » le cas où un mari serait interné sans être interdit, ou encore celui où par suite d'une maladie

longue et grave, celui-ci se trouverait empêché d'utiliser les prérogatives reconnues par la loi au chef de la famille.

Quant au paragraphe second de l'article 213, alinéa 3, il est évident qu'il se trouve déjà couvert par le paragraphe premier, puisque le mari n'est sans aucun doute pas en état de manifester sa volonté s'il est en train de purger une peine criminelle. L'expression « même par contumace » n'apporte, faisons-le remarquer, aucune précision utile et se trouve même en contradiction avec le membre de phrase suivant « pendant la durée de sa peine », puisque le contumax n'est jamais destiné à purger sa peine : si la condamnation est prononcée alors que l'individu est arrêté, il cessera en effet d'être condamné par contumace. Il pourrait y avoir une difficulté pour savoir à quel moment se perd la qualité de chef de famille (1). On peut en effet se demander si la perte de cette qualité doit être considérée comme effective dès la prononciation de la peine criminelle ou au contraire après la purge de la contumace. Il semble que lorsque l'on se trouve en présence d'une telle alternative, il faille dans ce cas se référer au paragraphe premier et envisager « l'impossibilité de manifester sa volonté ». En effet, si le mari s'est enfui pour ne pas être arrêté et ne donne plus signe de vie d'une manière régulière, il semble bien qu'il soit alors dans l'impossibilité de manifester sa volonté et que la qualité de chef de famille ne doive plus lui être reconnue.

Quels sont maintenant les effets de la perte de la qualité de chef de famille? Tout d'abord, remarquons que la femme conserve toujours le droit de porter le nom

(1) ANCEL, *op. cit.*, n° 35, p. 70, note 1.

de son mari. Par contre, celui-ci perd le droit de fixer la résidence du ménage, de même que celui de s'opposer à l'exercice d'une profession séparée de sa femme. Le titre de chef de famille se trouve en effet placé en tête de l'article 213, et de ce fait il semble bien que si le mari n'a plus cette qualité, il ne pourra plus exercer les prérogatives qui suivent la reconnaissance de celle-ci. Il est toutefois certain que pour le mari la perte de la qualité de chef de famille ne doit pas entraîner pour lui celle d'administrer et de disposer de la communauté. En un mot, rien n'est changé en ce qui concerne les droits du mari sous les différents régimes matrimoniaux.

SECTION DEUXIÈME

LA FIXATION DE LA RESIDENCE DU MENAGE

L'ancien article 214 du Code civil décidait que « la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ».

Actuellement, le devoir de cohabitation et la fixation de la résidence du ménage sont régis par l'article 213 nouveau. La loi du 18 février 1938 a laissé intact le devoir réciproque de cohabitation, ce qui est logique puisque c'est la principale obligation qui découle de l'union conjugale, et l'on pourrait même ajouter qu'il n'y a pas mariage s'il n'y a pas cohabitation et vie commune. Pour la femme, le devoir de cohabitation est pourtant

maintenant moins étendu qu'auparavant puisque, si celle-ci est toujours tenue de cohabiter avec son mari, elle n'est plus obligée de le suivre « partout où il juge à propos de résider ».

Avant 1938, l'obligation imposée à la femme par l'article 214 ancien était très dure pour cette dernière qui pouvait se trouver ainsi amenée à suivre son mari au delà des océans. Comme nous allons le voir, l'ancien article 214 avait pourtant des limites, mais il n'en reste pas moins qu'il était fort injuste de soumettre ainsi la femme aux caprices d'un mari voulant peut-être changer de résidence pour aller retrouver une concubine.

La jurisprudence avait pourtant admis que la femme pouvait être dispensée de résider avec son mari lorsque celui-ci ne lui offrait pas un logement convenable (1). De même, les tribunaux décidaient que l'obligation de femme était subordonnée à la condition que le mari l'entretiendrait et protégerait sa sécurité et sa dignité (2). La jurisprudence trouvait en effet dans le devoir de protection imposé au mari par l'article 213 ancien une limite naturelle à la sévérité de l'article 214, et, en se basant sur l'exception *non adimpleti contractus*, elle apportait ainsi, en l'appliquant à l'institution du mariage, un tempérament équitable à la rigueur excessive du Code civil.

De plus, puisque l'article 214 ancien employait le mot « résider », on en concluait que le mari, s'il n'était pas en mesure de justifier d'une résidence, ne pouvait contraindre sa femme à le suivre. Par exemple, un mari

(1) Req., 20 novembre 1860 : D. P. 1861, 1, 305.

(2) Req., 2 janvier 1877 : D. P. 1877, 1, 162.

qui aurait été en de perpétuels voyages, n'aurait pu exiger de sa femme qu'elle l'accompagnât continuellement.

La jurisprudence aurait pu aussi trouver une limite à l'arbitraire de l'ancien article 214 en invoquant la théorie de l'abus de droit. Il semble pourtant que celle-ci ne se soit guère préoccupée d'en référer à ce principe, bien que toutefois l'on puisse signaler un arrêt de la Cour d'Alger (1) qui se prononce conformément à la théorie de l'abus de droit.

Lorsque le devoir de cohabitation était violé par la femme, celle-ci se trouvait exposée à se voir ramener au domicile conjugal *manu militari* (2).

L'article 213 nouveau décide que « le mari, chef de la famille, a le choix de la résidence du ménage; la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir ».

Le deuxième alinéa du même article donne à la femme un droit de recours devant le tribunal statuant en Chambre du Conseil, lorsque la fixation de la résidence est abusive. Cette disposition instituée par le deuxième alinéa n'avait pas été prévue dans le projet initial de 1932, et c'est grâce à l'influence de M. Rouast, rapporteur de la Société d'Etudes législatives, que le droit de recours de la femme fut finalement admis (3).

Lorsque la femme exerce son recours, l'assistance judiciaire lui est accordée de plein droit. La procédure qui devra être suivie sera celle de la procédure ordi-

(1) Alger, 3 février 1879 : S. 1880, 2, 318.

(2) Nîmes, 20 février 1862 : D. P. 1863, 2, 194; Nîmes, 10 juin 1862 : D. P. 1863, 2, 195; Pau, 11 mars 1863 : D. P. 1863, 2, 193.

(3) Cf. rapport de M. ROUAST, *Bulletin de la Société*, 1934, p. 87.

naire. Le tribunal devant lequel la procédure sera introduite par une requête présentée au président du tribunal par l'avoué de la femme sera celui dans le ressort duquel se trouve le domicile des deux époux. La femme n'a aucun délai à observer pour recourir devant le tribunal; mais il est évident que si elle laisse s'écouler un laps de temps très long avant de commencer la procédure, le tribunal aura tendance à considérer ce retard comme une acceptation tacite de la nouvelle résidence choisie par le mari, et elle sera probablement déboutée de sa demande. Devant le silence de la loi, il faut bien admettre que la décision du tribunal peut être attaquée par les voies de recours normales; certains (1) ont paru regretter cet état de choses, car cela permet de faire de la procédure entre époux, ce qui est évidemment regrettable. Il semble qu'en cas de désaccord, il aurait simplement suffi qu'une autorité départageât les époux, et que sa décision fût inattaquable.

Le tribunal, le mari dûment appelé et le ministère public entendu, devra décider si le mari a eu raison en fixant au ménage une nouvelle résidence, ou si au contraire la femme a émis des prétentions justifiées.

L'article 213 laisse aux juges une très grande latitude pour apprécier les motifs qui devront les guider dans l'appréciation de la requête présentée par la femme, puisqu'elle parle de « fixation abusive ». Il semble en tout cas que les juges devront surtout se préoccuper du point de vue de l'intérêt du ménage en général. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence (2) interprète très strictement le droit de recours de la femme. S'il

(1) ANCEL, *op. cit.*, n° 39, p. 76.

(2) Trib. civ. de Bordeaux, 19 avril 1940 : G. P. 1940, 1, 457.

n'est pas expressément démontré que le mari a agi abusivement, et s'il ne ressort pas des débats qu'il a cherché à nuire à sa femme, celle-ci se verra déboutée. Il ne semble pas qu'il aurait fallu interpréter de la sorte le nouvel article 213, car le mari peut se tromper sur les véritables intérêts du ménage sans pour cela avoir une intention frauduleuse contre la femme.

La loi est muette sur la question de savoir si le tribunal peut fixer une résidence aux époux, ou si au contraire il devra borner son activité à autoriser la femme à résider séparément. Il paraît toutefois certain que le tribunal ne peut pas fixer au mari une résidence déterminée. Tout ce que le tribunal peut faire, si le mari persiste dans son choix, c'est dispenser la femme de le suivre dans sa nouvelle résidence, ou si elle y demeurerait, l'autoriser à la quitter. Le recours de la femme, quand il est admis, aboutit à un permis de résidence séparée, mais il est certain que la femme, bien que résidant séparément, continue à être domiciliée chez son mari. Ceci résulte de l'article 108 du Code civil qui n'a pas été modifié par la loi de 1938 et qui pose que la femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari. Il est fort regrettable qu'il n'y ait eu aucune modification de cet article. Le projet de 1932 permettait en effet à la femme mariée d'avoir un domicile distinct de celui de son mari lorsque celle-ci exerçait une profession séparée. Mais cette solution avait le tort de faire une distinction entre les femmes qui travaillent et les autres. Il aurait mieux valu, à notre sens, abroger purement et simplement l'article 108. La femme se serait alors trouvée soumise à l'article 102 du Code civil, qui

dit que « le domicile de tout Français..., est au lieu où il a son principal établissement ».

Lorsque la femme a été autorisée à résider séparément, le devoir d'entretien institué par le nouvel article 214 s'exécutera normalement au moyen d'une pension alimentaire (1). Il semble que, si le tribunal n'avait pas statué à ce sujet, il y aurait lieu de décider que le mandat domestique subsiste, ce qui se produit en cas de séparation de fait; on peut donc dire que cela doit se produire *a fortiori* en cas de séparation légale. En somme, les mesures qui devront être prises par le tribunal seront analogues à celles qui sont prises au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps.

Les sanctions du devoir de cohabitation ont été profondément modifiées par la loi de 1938, et ceci parce que le devoir de cohabitation pouvait se rattacher sur certains points au devoir général d'obéissance. C'est ainsi que la loi du 18 février 1938 a modifié son étendue; mais il faut remarquer que celui-ci a été expressément maintenu puisque le nouvel article 213 dispose que « la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir ». La jurisprudence déduisait avant 1938 de l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari, le droit pour ce dernier de requérir l'emploi de la force publique, et de faire ramener la femme au domicile conjugal *manu militari* (2). Mais la jurisprudence n'était pas unanime sur ce point (3). Mais lorsque le mari, récalcitrant, s'obstinait à tenir condamnée pour

(1) Cf. Chambre sociale, 21 novembre 1940 : G. P. 1941, 1, 28.

(2) Paris, 31 mars 1855 : D. P. 1855, 2, 284; Paris, 7 janvier 1903 : D.-P. 1903, 2, 16; Chambéry, 27 octobre 1931 : S. 1932, 2, 14.

(3) Aix, 22 mars 1884 : S. 1884, 2, 93.

sa femme la porte du domicile conjugal, celle-ci pouvait aussi requérir l'emploi de la force publique (1).

Ces sanctions étaient d'ailleurs le plus souvent tout à fait inefficaces eu égard au but poursuivi. Mais il semble nettement que ces mesures ne pourront dorénavant plus être employées, tant au moins lorsqu'il s'agit de ramener la femme au domicile conjugal. Mais il paraît que rien ne s'opposerait juridiquement à ce qu'une femme requérât l'emploi de la force publique pour se faire ouvrir les portes du domicile conjugal.

Les autres sanctions (2), pécuniaires celles-là, étaient bien plus efficaces, et d'ailleurs d'un usage beaucoup plus courant que celles qui nécessitaient l'emploi de la force publique. En principe, rien n'a été changé sur ce point par la loi de 1938. Par exemple, si c'est la femme qui a abandonné le domicile conjugal, le mari pourra à juste titre lui refuser le versement de son subside, puisque le devoir de cohabitation a été expressément maintenu par la loi de 1938.

Avant la réforme, la jurisprudence était d'avis que le mari pouvait faire saisir-arrêter les revenus dont la femme avait la jouissance. Cette pratique était fort courante avant 1938. M. Esmein (3) pense que l'autorisation de saisir-arrêter les revenus de la femme ne sera plus accordée par la jurisprudence. La femme est évidemment dans son tort en refusant de cohabiter avec son mari, mais une telle contrainte n'est certes plus compatible avec les principes nouveaux.

(1) Cass., 20 juin 1830; Lyon, 14 mai 1920; S. 1920, 2, 122.

(2) Cf. Cass., 26 juin 1878; S. 1879, 1, 176.

(3) Sem. Jur., 20 mars 1938, p. 55, n° 11.

On a vivement critiqué le droit de recours accordé à la femme à cause de la suspension du devoir de cohabitation. Mais, fait-on remarquer, le ménage étant déjà bien désuni puisque les époux n'ont pas hésité à recourir à la justice, ne faut-il tout de même pas mieux, en suspendant le devoir de cohabitation, éviter une demande en divorce ou en séparation de corps qui ne tarderait sans doute pas à être faite par la femme pour ne pas avoir précisément à suivre son mari.

De plus, avec ce droit de recours ouvert à la femme, on diminuera les séparations de fait, ce qui est appréciable, et il n'est pas mauvais que la justice vienne régler ces situations. Et puis, il arrivera aussi souvent que le mari soit mis à la raison par les juges au cours de l'instance. En sus, la loi nouvelle vient permettre à des époux de vivre séparés tout en restant d'accord avec la loi, alors que leurs convictions religieuses ou simplement leur morale personnelle leur interdisent de recourir au divorce ou à la séparation de corps, surtout depuis que le nouvel article 310 du Code civil est venu permettre la conversion automatique de la séparation de corps en divorce à la demande de l'un quelconque des époux, même l'époux coupable.

Malgré tous les avantages de l'article 213 nouveau que nous venons d'énumérer, il n'en reste pas moins qu'il est mitigé d'arbitraire, puisqu'il permet au mari de fixer d'autorité la résidence du ménage, alors que c'est peut-être la femme qui non seulement par sa fortune personnelle mais encore par son travail contribue le plus aux charges du ménage. On objectera qu'il fallait bien que ce fût finalement l'un des deux conjoints qui décidât quelle serait la résidence à prendre, et que

d'ailleurs dans l'état actuel des mœurs, c'est en général le mari qui supporte la plus grande part des charges familiales, et qu'il était donc logique que ce fut lui qui eût le choix de la résidence.

Pour trancher la question et pour donner satisfaction aux féministes, tout en ne changeant rien aux choses, n'aurait-on pas mieux fait de décider dans la loi que celui qui aurait le choix de la résidence serait celui des deux époux qui contribuerait le plus aux charges du ménage, sauf recours de l'autre époux devant le tribunal? Cette solution aurait l'avantage de satisfaire tout le monde, puisque, comme nous venons de le dire, c'est en général le mari qui travaille et qui gagne la vie du ménage, donc ce serait à lui que ce choix écherrait, et d'autre part les féministes ne trouveraient plus dans les textes de la loi des termes qui donnent d'autorité au mari une prépondérance injustifiée sur la femme. Cette solution aurait de plus l'avantage d'être logique, car il est normal de décider que c'est à celui qui a les charges et les responsabilités les plus grandes qu'il incombe de diriger le ménage.

SECTION TROISIÈME

L'EXERCICE PAR LA FEMME D'UNE PROFESSION SEPARÉE

Le nouvel article 216 permet à la femme mariée d'exercer une profession séparée sans qu'elle ait besoin

de solliciter l'autorisation de son mari ou de justice. Celui-ci ne peut que s'opposer à cet exercice, mais la femme peut alors se pourvoir devant le tribunal. Nous verrons que cet article pose de nombreux problèmes sur la solution desquels les auteurs sont loin d'être d'accord.

Le législateur de 1938 emploie dans l'article 216 le mot « profession » et la question se pose immédiatement de savoir si ce mot est employé dans son sens habituel ou si au contraire il ne convient pas de lui reconnaître une autre signification. Il ne le semble pas, puisque le mot « profession » est employé sans aucune précision et sans réserve d'aucune sorte. Pour qu'il en soit autrement, en effet, il faudrait qu'il y ait un motif particulier de soutenir le contraire. De plus, l'article 216 ne faisant aucune distinction entre *profession* et *métier*, il est permis de soutenir que cet article doit s'appliquer à toute activité dont la femme retire un profit.

Maie on pourrait tout de même se demander s'il ne conviendrait pas d'entendre par profession séparée même une activité désintéressée qui absorberait le temps et les forces de la femme dans une proportion considérable, par exemple en supposant que la femme s'occupe d'œuvres charitables sans en retirer aucun profit. Il ne le semble pas toutefois, car ce serait donner au mot « profession » un sens trop large, puisque profession signifie en premier lieu profit.

Avant 1938, il était reconnu par tous que la femme ne pouvait entreprendre une profession sans le consentement au moins tacite de son mari. L'admission de l'autorisation tacite était une exception au principe posé par l'article 217, qui décidait que l'autorisation

devait être expresse ou résulter du concours du mari dans l'acte. On avait déduit cette conséquence du fait que l'article 4 du Code de commerce parlait de « consentement » et non d' « autorisation » ; c'était en somme jouer sur les mots, mais la jurisprudence avait admis ce principe parce qu'il était favorable à la femme.

En 1804, le mari ayant un droit de surveillance et de contrôle sur l'activité générale de sa femme, il était normal que celle-ci dût être munie de l'autorisation ou du consentement de son mari pour exercer une profession séparée. A cette époque, sur le terrain pratique, le principe pouvait aussi se justifier, puisqu'il était rare en somme qu'en dehors des travaux manuels, la femme exerçât une profession séparée.

Mais le problème avait évolué depuis 1804, en premier lieu parce qu'un nombre croissant de femmes ont eu accès aux professions libérales, et surtout depuis la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée. Certains interprètes de cette loi en avaient même déduit, mais cette opinion paraît avoir été prématurée, que la liberté ne devait pas commencer après que la femme eût acquis sa profession, mais avant. A en croire ces auteurs, la femme aurait donc pu entreprendre une profession ordinaire sans autorisation. Il n'y aurait eu d'exception que pour les professions commerciales, car là il y avait un texte formel, l'article 4 du Code de commerce.

Mais la majorité des auteurs admettaient que le principe de l'article 4 était vrai non seulement pour le commerce mais aussi pour les autres professions. Mal-

gré tout, certains arrêts (1) se prononçaient en sens contraire, et la Cour de Paris (2) avait déclaré à plusieurs reprises que la femme pouvait entreprendre une profession séparée sans recourir au consentement préalable du mari.

Mais la jurisprudence en général, tout en conservant le principe de la nécessité du consentement marital, consacrait deux tempéraments importants : tout d'abord l'autorisation pouvait être tacite, et, en outre, en cas de refus du mari, la justice pouvait y suppléer. De plus, les tribunaux décidaient qu'en cas d'abandon du domicile conjugal par le mari, le fait de laisser la famille sans ressources valait pour la femme autorisation tacite d'exercer une profession. Sur ce point, l'exemple des législations étrangères avait exercé une grande influence sur l'opinion de la jurisprudence.

La loi du 18 février 1938, en renversant les anciens principes, est venue bouleverser tout l'ancien système, du moins en apparence. Cependant les auteurs sont partagés sur le sens et sur le domaine d'application de l'article 216 nouveau.

Le droit accordé à la femme de choisir librement sa profession a fait au Sénat l'objet de vives critiques. M. Leblanc, par exemple, estimait en préconisant le maintien de l'autorisation maritale qu'il valait mieux « prévenir le mal plutôt que d'essayer de le réparer lorsqu'il est fait » (3). Il est heureux que l'opinion de

(1) Grenoble, 27 janvier 1863 : Pand. chron. 2, 63; Lyon, 26 janvier 1866 : Pand. chron.; Civ., 30 janvier 1877 : D. P. 1877, 1, 348; Tr. civ. Saint-Etienne, 16 janvier 1880 : D. P. 1881, 1, 125.

(2) Paris, 24 octobre 1844 : S. 1844, 2, 581; Paris, 3 janvier 1868 : D. P. 1868, 2, 28; Paris, 4 mars 1903 : S. 1903, 2, 168.

(3) *J. O.*, Déb. parl. Sénat, 1937, p. 355.

ces partisans de la prépondérance maritale n'ait pas prévalu; mais il est assurément regrettable que l'on n'ait pas osé pousser le principe jusqu'au bout et que l'on n'ait pas retiré au mari tout contrôle sur l'activité professionnelle de sa femme. On aurait pu tout au moins obliger le mari qui aurait prétendu s'opposer à l'exercice de la profession de sa femme à devoir saisir le tribunal lui-même. En effet, dans l'état actuel de la législation, c'est la femme qui doit saisir le tribunal, ce qui est tout à fait contraire à sa dignité. Cette disposition est assurément la partie la plus critiquable de la loi de 1938.

Pour que le mari puisse exercer son droit de veto, il faut qu'il jouisse de la qualité de chef de famille. Cette condition d'exercice du droit de veto est expressément mentionnée par l'article 216 nouveau. Nous avons vu dans la section première de ce chapitre que la qualité de chef de famille n'est plus reconnue au mari en cas d'absence, d'interdiction, de séparation de corps, lorsqu'il a été condamné à une peine criminelle et plus généralement lorsqu'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Signalons qu'un mari qui aurait été condamné à une peine correctionnelle serait toujours en droit d'exercer son droit de veto, puisqu'en ce cas la qualité de chef de famille lui est toujours reconnue par l'article 213, alinéa 3. C'est une véritable anomalie.

L'article 216, alinéa 3, dispose que l'opposition du mari doit être justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille. Il résulte apparemment de cette disposition que le mari ne pourrait user de son droit de veto pour des motifs qui lui sont purement personnels. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer à ce sujet.

La Cour de Paris (1), sur appel d'un jugement du tribunal civil de la Seine en date du 27 novembre 1939 qui avait autorisé une femme mariée à passer outre au veto de son mari, a déduit de l'article 216 nouveau que les tribunaux n'ont pas à rechercher quelle est la solution la meilleure ou la plus opportune pour le ménage, mais simplement à rechercher si le mari ne s'est pas laissé guider par des mobiles abusifs ou vexatoires qui sont étrangers aux intérêts du ménage. Il semble que la Cour de Paris ait mal interprété l'article 216, car celui-ci paraît reconnaître au tribunal un pouvoir plus étendu, à savoir apprécier si la décision du mari correspond bien à l'intérêt du ménage et autoriser la femme à exercer la profession, et cela même si l'opposition du mari ne revêt aucun caractère vexatoire ou abusif.

Lorsque l'opposition est justifiée quant au fond, l'article 216 ne distinguant pas, il faut décider que le mari peut s'opposer à l'exercice de toute profession par sa femme ; mais il est certain que celui-ci ne pourrait interdire à sa femme d'effectuer certains actes déterminés de sa profession et autoriser les autres. La jurisprudence antérieure à la réforme avait déjà admis ce principe (2). Si, en effet, le mari n'oppose pas son veto, il faut qu'il accepte toutes les conséquences de l'exercice de la profession séparée. Il ne saurait toutefois, semble-t-il, y avoir d'exception que dans le cas où l'acte particulier de la profession, auquel le mari prétendrait s'opposer, impliquerait une orientation toute particulière et hors de propos avec les autres actes habituels de la profession.

(1) Paris, 7 décembre 1940 : G. P. 1941, 1, 11.

(2) Req., 11 novembre 1907 : S. 1908, 1, 225.

Si l'on se basait sur les travaux parlementaires de la loi de 1938 et en particulier sur les déclarations de M. Renoult à la tribune du Sénat (1), on pourrait croire qu'une troisième condition est nécessaire pour la validité du veto du mari, à savoir que la femme n'ait pas exercé sa profession avant son mariage. M. Renoult, en effet, dont l'opinion fut reprise à la Chambre par M. Delattre (2), avait déclaré que « bien entendu, il ne peut s'agir que d'une opposition à une profession nouvellement prise par la femme ». Néanmoins il ne semble pas que cette opinion doive prévaloir en pratique, et ceci pour plusieurs raisons. Tout d'abord, remarquons que les termes dont s'est servi le législateur dans le nouvel article 216 sont absolus, et ne distinguent nullement suivant que la femme aurait exercé la profession, à laquelle le mari prétendrait s'opposer, antérieurement ou non à son mariage. Bien que les travaux parlementaires ne soient pas dépourvus de toute autorité, ils ne sauraient pourtant prévaloir devant un texte clair et précis. De plus, si l'on désirait à tout prix se forger une opinion en se référant uniquement aux travaux parlementaires, il ne serait pas difficile d'y trouver des arguments contraires, et, en premier lieu, en se basant sur d'autres déclarations de M. Renoult (3) qui avait proposé que l'article 216 fût rédigé de manière à ce que le mari ne puisse pas s'opposer à une profession que la femme aurait antérieurement exercée. Il s'en suivrait que M. Renoult n'aurait pas été très certain que la femme pût réellement continuer à exercer

(1) Séance du 19 mars 1937, Déb. parl. Sénat, p. 348.

(2) *J. O.*, Doc. parl. Chambre, 1937, ann. n° 3331, p. 13.

(3) *J. O.*, Doc. parl. Sénat, 1937, p. 357.

une profession à laquelle le mari s'opposerait, puisqu'il avait lui-même suggéré que le contraire fût textuellement spécifié. En second lieu, signalons que le Sénat (1) a rejeté un amendement de M. Milliès-Lacroix décidant que le mari, une fois qu'il aurait consenti à l'exercice de la profession, ne pourrait plus s'y opposer plus tard. Il semble bien que la thèse de M. Renoult se trouve par là même formellement condamnée par le législateur. Il est certes regrettable d'avoir à le constater, mais une interprétation rationnelle de l'article 216 semble bien commander que le mari, du moment qu'il remplit les conditions voulues, a le droit de s'opposer à l'exercice de toute profession de sa femme, même si celui-ci avait commencé antérieurement à la célébration du mariage.

Lorsque la femme trouve que l'opposition du mari est injustifiée et n'est pas commandée par des préoccupations concernant uniquement la vie du ménage, elle peut s'adresser à la justice. C'est ce que décide l'alinéa 2 de l'article 216 : « Si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille, le tribunal peut, sur la demande de la femme, autoriser celle-ci à passer outre à cette opposition ». Si donc la preuve est faite que l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille, la femme sera autorisée à ne pas tenir compte de ses prétentions. Pour fonder leur opinion, il semble que les tribunaux devront tenir compte de l'existence ou du nombre d'enfants, des besoins réels du ménage eu égard au milieu social, non seulement ceux du mari mais encore ceux-mêmes de la femme. Nous avons vu précédemment que la jurisprudence n'interprétait pas du tout l'article 216

(1) Séance du 19 mars 1937, Déb. parl. Sénat, p. 358.

de cette façon, et que le recours de la femme devait être rejeté dès lors que le veto du mari n'était ni abusif ni vexatoire.

La procédure du recours est la même que celle qui est prévue à l'article 213, lorsque la femme s'oppose en justice contre une fixation abusive de la résidence du ménage par le mari. Aucun délai ne lui est fixé pour exercer son droit de recours. Puisque l'article 216, de même que l'article 213, est muet sur le point de savoir si des voies de recours peuvent être exercées ou non, il faut sans aucun doute admettre l'affirmative. Si appel est interjeté, le jugement primitivement rendu sera suspendu, et la femme pourra continuer d'exercer sa profession jusqu'à ce qu'intervienne une décision en dernier ressort.

L'assistance judiciaire est accordée de plein droit à la femme qui en fait la demande; cette dernière pour justifier que sa demande est bien opportune, n'a qu'à produire l'exploit d'huissier ou le pli recommandé que lui aura adressé son mari.

Il semble qu'il ne soit pas possible de faire tierce opposition contre le jugement rendu, car comme il s'agit d'une question de capacité, il s'en suit que la décision intervenue est opposable à tous. En conséquence, il ne doit pas être nécessaire de mettre en cause les tiers intéressés (1).

Il y eut d'après discussions au Sénat lorsque fut examiné le point de savoir qui devrait saisir la justice. Il avait été primitivement décidé que ce soin appartenait au mari et que ce serait à lui d'entamer la procé-

(1) En ce sens : CHAUVEAU, *Abolition de la puissance maritale et du devoir d'obéissance*, p. 44.

dure (1), ce qui était logique, mais malheureusement, l'opinion contraire a triomphé. Nous avons déjà fait remarquer tout ce que ce procédé a d'injuste et de contraire à la dignité de la femme.

Il nous reste à examiner les effets de l'opposition du mari. Cette question pose des problèmes fort délicats, d'autant plus que la loi de 1938 est muette à leur égard.

Remarquons en premier lieu que cette opposition n'est astreinte à aucune forme particulière. Le moyen le plus sûr est évidemment l'exploit d'huissier. Les effets de l'opposition commenceront à courir de la date de l'exploit. Un avis dans les journaux paraît ne pas devoir suffire, puisque, lorsqu'il s'agit de la révocation du mandat tacite par le mari, la jurisprudence décide que dans le cas où il n'y a pas de journaux réputés lus par tout le monde, à Paris par exemple, une simple annonce n'est pas admise. Par contre, devant le silence de la loi, une lettre recommandée est certes valable, du moment que le ministère d'huissier n'est pas impérativement exigé. Il devrait théoriquement en être de même pour une opposition faite oralement, mais les questions de preuve empêcheront la plupart du temps l'emploi de cette forme de signification.

L'opposition du mari est effective dès lors qu'elle a été signifiée à la femme et aux tiers avec lesquels elle se trouve en rapport (2). Si la femme est patronne, l'opposition devra lui être signifiée à elle-même, mais le mari a toujours le droit de faire n'importe quelles autres mesures de publicité qu'il juge utiles. Selon

(1) *J. O.*, Doc. parl. Sénat, 1933, annexe n° 404.

(2) *ANCEL*, *op. cit.*, n° 46, p. 87.

M. Savatier (1), il peut même demander la fermeture des locaux qui sont nécessaires à l'exercice de la profession. Mais cette opinion paraît exagérée, car on peut se demander sur quels textes se fonderait le tribunal pour prendre une telle mesure.

Bien que le veto soit un principe effectif dès lors qu'il a été régulièrement signifié, nous pensons qu'il faut décider que ses effets en seront suspendus si la femme exerce son droit de recours. Celle-ci pourra donc continuer l'exercice de son travail jusqu'au moment où l'affaire aura été jugée (2).

Le problème se pose maintenant de savoir si le mari doit respecter ou non le délai-congé lorsque la femme est employée. Il est certain en tout cas que le contrat de travail qui lie la femme au patron n'est pas opposable juridiquement au mari. Mais admettre la solution contraire aboutirait à obliger la femme à verser des dommages-intérêts à l'employeur. M^{mes} Grinberg et Simon (3) sont d'avis que le mari doit respecter le délai-congé, et il semble que ce soit là la solution la meilleure.

Au cas où la femme ne tiendrait pas compte de l'opposition régulière du mari, ce dernier se verrait en droit de lui intenter une action en divorce ou en séparation de corps, action qui serait basée sur l'injure grave, et le tiers qui continuerait d'employer la femme au mépris de cette opposition risquerait de se voir poursuivre par le mari du chef de l'article 1382, car il se

(1) SAVATIER, *op. cit.*, n° 11.

(2) En ce sens : JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Chron. au D. H.* 1938, p. 26.

(3) *Les droits nouveaux de la femme mariée*, p. 76.

rendrait par là même coupable envers celui-ci d'une faute dont il doit réparation.

La question de savoir si les professions commerciales sont ou non soumises au régime de l'article 216 nouveau fait l'objet en doctrine des plus vives discussions.

La plupart des auteurs se prononcent pour le maintien en droit positif de l'article 4 du Code de Commerce qui est ainsi conçu : « La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari ».

D'après l'opinion de ces auteurs, le législateur aurait prétendu diviser les professions en deux catégories : les professions commerciales et celles qui ne le sont pas. Les premières, en vertu du maintien de l'article 4 seraient soumises à l'autorisation maritale, alors que les autres, du fait de la promulgation du nouvel article 216, pourraient être entreprises par la femme librement, sous réserve bien entendu de l'opposition du mari.

Mais les auteurs qui admettent le maintien de l'article 4 du Code de Commerce ne sont plus d'accord entre eux sur le régime auquel sont soumises les professions commerciales. M. Esmein (1), par exemple, admet qu'en perdant la qualité de chef de famille, le mari perd en même temps le droit d'autoriser sa femme à exercer un commerce, et que de ce fait celle-ci devient entièrement libre d'entreprendre la profession qu'elle a choisie. M. Julliot de la Morandière (2) admet que dans le cas où le mari aurait perdu la qualité de chef de famille, l'autorisation de justice deviendrait alors nécessaire.

Les partisans du maintien de l'article 4 du Code de

(1) Commentaires de « la loi sur la capacité de la femme mariée : Gaz. Pal. 6-7 mars 1938.

(2) Précis de droit commercial, Dalloz, 7^e édition.

Commerce invoquent tout d'abord les travaux parlementaires et en particulier les déclarations de M. Delattre, rapporteur à la Chambre des Députés (1) : « Il y a deux poids et deux mesures, puisque seules les femmes commerçantes sont soumises à l'obtention du consentement exprès ou tacite du mari ». Mais cet argument est le plus faible, car M. Bonnecase (2), qui soutient l'opinion contraire, a pu également trouver des arguments en faveur de sa thèse dans les travaux parlementaires. Dans les déclarations émises par les sénateurs, on peut en effet rencontrer toutes les opinions et même des erreurs sur différents points de droit (3). D'ailleurs, comme la loi du 18 février 1938 a été votée à la Chambre des Députés sans débat pour ne pas risquer de faire échouer la réforme, il ne serait pas exact de faire triompher uniquement l'esprit des opinions émises par les sénateurs lorsque l'on se réfère aux travaux parlementaires pour interpréter les textes. C'est ce qui explique que pour la loi de 1938, les arguments tirés des travaux parlementaires doivent avoir peu de poids, et celui qui est chargé d'appliquer la loi ne devra pas baser son opinion principalement sur des arguments de cet ordre.

On a dit de même que l'article 4 du Code de Commerce ne figurait pas parmi les textes expressément abrogés par l'article 2 de la loi du 18 février 1938, d'où l'on peut conclure *a contrario* qu'il était bien en vigueur. De plus, l'article 215 nouveau fait allusion à des

(1) *J. O.*, Doc. parl. Chambre 1937, annexe n° 3331.

(2) BONNECASE, *Mariage et régimes matrimoniaux*, n° 47, p. 115 et s.

(3) Voyez not. décl. de M. RENOULT sur la nouvelle capacité de la femme : *J. O.*, D. P. Sénat 1937, p. 347. De même, décl. de M. PERNOT du 19 mars 1937 sur la prescription : Doc. parl. Sénat 1937, p. 362.

« limitations légales » et l'article 4 pourrait bien en effet être considéré comme tel. Mais, devant l'examen des faits, il est certain que la liste des textes abrogés énumérés par l'article 2 ne doit pas être considérée comme complète, car, dans ce cas, la femme pourrait plaider librement devant les tribunaux ordinaires, même la Cour de cassation, mais le consentement marital devrait être exigé pour qu'elle puisse ester en justice devant la justice de paix, puisque l'article 16, alinéa 1^{er}, de la loi du 12 juillet 1905 ne figure pas sur la liste dressée par l'article 2 de la loi de 1938 (1).

M. Julliot de la Morandière (2) justifie le maintien de l'article 4 par des arguments d'ordre rationnel. A son avis, il est logique d'avoir conservé l'article 4 puisque le législateur n'a pas modifié les régimes matrimoniaux. M. Chauveau (3), de même, considère que le législateur a eu raison de ne pas abroger l'article 4, car entreprendre un commerce est un acte particulièrement grave.

De l'avis de M. Bonnecase (4), « il n'était pas besoin, d'ailleurs, des déclarations expresses de M. Renoult, pour admettre la liberté de la femme en ce qui concerne l'exercice de la profession commerciale. Il suffisait de l'article 216, alinéa 1^{er} ». M. Bonnecase n'attache donc pas une grande importance aux débats parlementaires qui ont précédé le vote de la loi du 18 février 1938, et il faut l'en louer, puisque nous avons déjà vu que l'on peut rencontrer toutes les tendances parmi les opinions

(1) ANCEL, *op. cit.*, n° 59, p. 112.

(2) Dalloz hebdom., 24 mars 1938, p. 25.

(3) Dalloz hebdom., 2 février 1939, p. 5.

(4) BONNECASE, *op. cit.*, n° 47, p. 115 et s.

émises au Sénat. M. Bonnecase prétend de plus qu' « il n'y a pas à distinguer, puisque le législateur ne l'a pas dit, entre les professions commerciales et les autres. Comme nous l'avons indiqué, selon les règles d'une bonne interprétation, l'article 216 nouveau a emporté dans son courant l'article 4 du Code de Commerce » (1). Il écrit de même (2) : « L'article 216 plus récent que le Code de Commerce domine forcément celui-ci par son principe général ». Cette argumentation fort logique mérite d'être approfondie.

La loi de 1938, en effet, a abrogé le principe général d'obéissance de la femme envers le mari; il ne semble donc pas que l'on s'écarte d'une interprétation normale des textes en concluant que tous ceux qui ne sont plus en harmonie avec le principe sus-énoncé doivent être considérés comme tacitement abrogés. Admettre l'article 4 comme ayant encore un domaine d'application paraît en effet devoir être inconciliable avec la suppression du devoir d'obéissance.

L'abrogation tacite est d'ailleurs une réalité fréquente dans les annales juridiques (3). La doctrine, de même que la Cour de Cassation, n'ont jamais fait de difficultés pour admettre que dans bien des cas le fait de considérer une disposition législative comme abrogée tacitement était légitime. Il n'y a effectivement des divergences que sur le critérium à adopter, mais la possibilité même de l'abrogation tacite n'a jamais été mise en doute.

(1) BONNECASE, *op. cit.*, n° 56, p. 136.

(2) BONNECASE, *op. cit.*, n° 47, p. 118.

(3) Cass. civ., 24 avril 1809 : S. 1809, 1, 222; Cass. crim., 29 janvier 1891 : S. 1891, 1, 285; Cass. crim., 8 novembre 1918 : D. P. 1924, 1, 89.

L'article 4 paraît bien, en effet, n'avoir été que la conséquence logique de l'ancienne puissance maritale. Les auteurs qui concluent au maintien en droit positif de l'article 4 admettent également le maintien de l'incapacité en cette matière. Il paraît donc normal d'admettre « que l'abrogation de la loi ancienne emporte celle de toutes les autres dispositions qui n'en étaient que des corollaires ou des développements » (1).

Pour réfuter cette argumentation, on a prétendu que l'article 215 nouveau prévoyait une incapacité partielle, et que dès lors il ne paraissait pas exagéré de considérer l'article 4 comme non abrogé. Cette manière d'interpréter l'article 215 paraît toutefois inexacte, car si le texte en question parle bien de restrictions à l'exercice de la capacité civile de la femme mariée, il ne fait aucune allusion à de prétendues restrictions à sa capacité. En effet, n'est-il pas plus logique de penser que le législateur n'a entendu apporter dans l'article 215 nouveau, alinéa 2, que des restrictions légales, qui, comme les régimes matrimoniaux, restreignent pratiquement les droits de la femme sans pour cela compromettre de ce fait sa pleine capacité civile? L'alinéa 2 de l'article 215 nouveau signifierait donc que, outre les restrictions qui peuvent être imposées à tous, il existe des restrictions spéciales aux femmes mariées qui dérivent des règles du droit des gens mariés. Ceci posé, il paraît ne plus être possible que l'article 4 du Code de Commerce soit encore en vigueur, car il en dérive une véritable incapacité et pas seulement une incapacité d'exercice. La capacité de la femme mariée est donc entière et absolue, et on ne

(1) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, Paris, 1897, n° 29, p. 96.

saurait sans risquer de dénaturer le sens des textes considère l'article 4 comme non abrogé.

L'abrogation de l'alinéa 3 de l'article 311 fournit d'ailleurs un nouvel argument en faveur de la thèse qui considère l'article 4 comme supprimé. D'après cet alinéa 3, la séparation de corps avait pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile. Puisque cet alinéa a été abrogé par la loi de 1938, c'est que le législateur considère que les femmes séparées de corps doivent être placées sur le même pied que les autres. Or, comme avant 1938 la jurisprudence décidait, grâce à cet alinéa de l'article 311, que la femme séparée de corps pouvait être marchande publique sans autorisation maritale, on ne pourrait évidemment déduire de l'abrogation dudit alinéa que le législateur ait voulu que désormais la femme séparée de corps, en étant soumise au régime commun, ne puisse devenir commerçante sans l'autorisation de son mari.

Malgré tous les motifs invoqués précédemment en faveur de l'abrogation de l'article 4 du Code de commerce, la question de savoir s'il est encore en vigueur ou non pourrait être encore pendante si l'on n'apportait pas l'appui de l'argument suivant, à savoir que dans l'article 216 nouveau le législateur a entendu poser les bases d'une réglementation nouvelle applicable à toutes les professions. M. Marc Ancel (1) y voit en effet « le droit commun de l'exercice par la femme d'une profession séparée ». Il peut donc paraître à juste titre étonnant que si le législateur avait entendu apporter une exception à la règle posée par l'article 216 nouveau, il ait omis d'y faire une réserve expresse en ce sens. Ce

(1) ANCEL, *op. cit.*, n° 50, p. 96.

qui apporte une preuve de plus à cette opinion, c'est que dans le projet primitivement présenté au Sénat, on avait fait une réserve expresse pour l'article 4, et que lorsque l'article 216 a été refondu, cette réserve avait disparu.

On pourrait certes alléguer que si l'on n'a pas fait une réserve spéciale pour l'article 4 du Code de Commerce, c'est que l'on a fait observer qu'il pouvait y en avoir d'autres. Mais l'article 4 paraît être une exception si importante à la règle posée par l'article 216 nouveau qu'il serait réellement surprenant qu'il n'ait pas été clairement spécifié qu'il était maintenu.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence semble admettre que l'article 4 est bien en vigueur, puisque le tribunal de commerce du Havre (1) a reconnu que pour exercer valablement un commerce la femme devait y être autorisée.

Il n'en reste pas moins, que la théorie suivant laquelle l'article 4 du Code de Commerce doit être considéré comme abrogé, n'est favorable qu'à la femme séparée de biens et est au contraire désastreuse pour la femme commune en biens qui n'aura aucun crédit puisque tous les biens se trouvent en principe être entre les mains du mari. Pour remédier à cet inconvénient, il semble que l'on puisse adopter la solution suivante, à savoir que la femme peut désormais entreprendre toutes les professions, même commerciales, sans autorisation du mari, mais qu'elle ne peut engager la communauté ou les biens du mari que si elle a été autorisée. Cette solution est en somme une manière détournée de revenir au système de l'autorisation et de permettre ainsi à la

(1) Rec. du Havre, 1938, 1, 207.

femme commune en biens d'avoir le crédit du mari. Si, en effet, on ne fait pas intervenir l'article 4 pour donner du crédit à la femme, il faut bien se dire que dans ce cas la situation de la femme commerçante commune en biens serait moins favorable que précédemment, car on ne voit pas très bien sur quels textes on pourrait fonder l'autorisation tacite du mari, puisque actuellement, en vertu de l'article 216 nouveau, la femme peut entreprendre la profession qu'elle a choisie sans consulter son mari. On ne pourrait même pas dire que celui-ci, en n'usant pas de son droit de veto, aurait autorisé sa femme tacitement puisqu'il ne peut s'opposer que si l'exercice de la profession est contraire aux intérêts de la famille ou du ménage.

Considérer l'article 4 comme en vigueur pour donner du crédit à la femme permet bien de laisser fonctionner le système de l'autorisation tacite dès que la femme exerce un commerce au vu et au su du mari sans opposition de sa part. Mais puisque l'article 4 n'est plus en vigueur en principe, les actes de commerce accomplis par la femme dans l'exercice de sa profession, que nous supposons être une profession commerciale, sont valables, même si elle n'était pas munie de l'autorisation de son mari.

Ce système, auquel nous nous rangeons, est certes un système un peu boiteux, mais nous l'adoptons, car c'est celui qui nous paraît être le plus logique et le plus favorable à la femme en l'état actuel des textes.

CHAPITRE TROISIEME

La contribution aux charges du ménage

La loi du 18 février 1938 n'a pas modifié l'article 212 du Code civil, aux termes duquel « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance ». La conséquence directe du devoir de secours et d'assistance est l'obligation pour chacun des époux de participer aux charges du ménage.

Aux termes de l'article 214 ancien, le mari était obligé de fournir à son épouse « tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ». La loi de 1938 a maintenu le devoir d'entretien du mari ; il n'y a donc en principe rien de nouveau sur ce point. Le mari est donc toujours seul obligé de nourrir et d'entretenir sa femme. Ce principe s'explique facilement lorsque les époux sont mariés sous les régimes de communauté ; en effet, la femme ne dispose alors d'aucun revenu propre, et ne peut donc en disposer pour subvenir aux charges du ménage. Le système de l'article 214, qui a été conservé par la loi de 1938, vaut aussi pour le régime dotal pur dans lequel le mari a tous les pouvoirs sur les biens dotaux. Le Code civil a réglementé d'une manière particulière la contribution de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens ou sous le régime dotal lorsque tous les biens de la femme sont paraphernaux.

D'après l'article 1537 du Code civil, la femme séparée de biens par contrat doit contribuer aux charges du ménage jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus, à moins que d'autres conventions n'aient été stipulées. Mais si la séparation de biens a eu lieu judiciairement, la femme doit contribuer aux charges du ménage proportionnellement à ses facultés et aux besoins des enfants communs (1). Lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal et que tous les biens de la femme sont paraphernaux, celle-ci contribue aux charges du ménage dans les mêmes proportions que celles édictées à l'article 1537 pour la femme séparée de biens par contrat.

Dans la deuxième partie du projet de 1932, toutes ces dispositions avaient été écartées, et l'on avait décidé que la femme séparée de biens et la femme dotale dont tous les biens étaient paraphernaux devaient contribuer aux charges du ménage dans la limite de leurs facultés.

La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée avait grandement bouleversé l'harmonie du système de 1804. En effet, sous tous les régimes, la femme exerçant une profession séparée avait reçu de larges pouvoirs sur ce que l'on appelle ses biens réservés. Cette loi innovait puisqu'elle organisait une procédure de saisie-arrêt dans le cas où l'un des époux ne subviendrait pas dans la mesure de ses facultés aux charges du ménage. Le système de la loi de 1907 était à ce point de vue fort bien conçu : si tous les revenus appartenaient au mari, c'était lui et lui seul qui devait supporter tous les frais ; si la femme possédait elle-même certains revenus, elle devait participer aux dépenses proportionnellement. C'est l'article 7 de la loi

(1) Article 1448 du Code civil.

de 1907 qui avait étendu l'obligation de contribuer aux charges du ménage à toutes les femmes exerçant une profession séparée.

L'article 7 a été incorporé par la loi de 1938 dans l'article 214 nouveau du Code civil; en même temps, il a été abrogé dans la loi du 13 juillet 1907. Le législateur de 1938, en effet, n'a pas voulu qu'il subsistât des textes exceptionnels réglemant des cas dérogeant à la règle générale, une fois que cette dernière a été définitivement adoptée.

Le projet de 1932 abrogeait entièrement la loi de 1907, ce qui était logique puisqu'elle avait été incorporée dans la partie du projet qui modifiait les contrats de mariage. Mais comme le législateur de 1938 s'est montré d'une timidité telle qu'il n'a pas cru devoir modifier les textes des régimes matrimoniaux, il s'en suivait que le maintien sur certains points de la loi de 1907 était justifié. L'article 7 de la loi de 1907 a donc été incorporé dans l'article 214 nouveau du Code civil, et cette décision du législateur est des plus heureuses, car elle a pour avantage de placer un texte réglemant une obligation des deux époux au chapitre des droits et devoirs respectifs des époux. Il est regrettable toutefois qu'il n'ait pas modifié les articles 1537 et 1575 pour les mettre en harmonie avec l'article 214 nouveau. Ceci aurait évité l'inconvénient qu'il y a à maintenir l'existence simultanée de deux systèmes différents pour la contribution aux charges du ménage, d'une part l'article 214 et, d'autre part, les articles 1537 et 1575. Cet inconvénient était entièrement supprimé par le projet de 1932 qui décidait que la femme séparée de biens, de même que la femme dotale dont tous les biens sont paraphernaux,

devaient contribuer aux charges du ménage dans la limite de leurs facultés, à moins qu'il n'en eût été décidé autrement par le contrat de mariage.

L'article 214 nouveau, après avoir maintenu le devoir d'entretien du mari, pose que « sur les biens dont elle a l'administration, la femme doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs, sauf dans les cas prévus aux articles 1537 et 1575, où la contribution de la femme est fixée sur les bases établies en ces articles ». L'article 214 est un texte d'ordre public auquel les époux ne peuvent déroger. Il s'en suit que par contrat, il est impossible de dispenser complètement l'un des époux de toute contribution aux charges du ménage. Cet article est dû à un amendement de M. Fourcade (1) adopté par le Sénat lors de sa première délibération, mais il n'est pas la réplique exacte de l'article 7 de la loi de 1907 : il y apporte deux modifications importantes, et l'une d'entre elles a même pour effet de renforcer l'obligation générale de contribuer aux charges du ménage.

La première modification pose un problème sur la solution duquel on peut certes hésiter. La loi de 1907 contraignait la femme à subvenir aux frais du ménage sur les produits de son travail et sur ses salaires, mais non pas sur tous ses revenus ; en conséquence, la faculté de saisir-arrêter ne pouvait s'appliquer à tous les revenus, mais uniquement aux seuls produits du travail. Désormais, « faute par l'un des époux de remplir son obligation, l'autre époux pourra obtenir du juge de paix l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des sa-

(1) *J. O.*, D. P. Sénat, 1936, p. 1563.

laire, du produit du travail ou des revenus de son conjoint une part proportionnée à ses besoins ». C'est sur le rapport de M. Rouast que ce principe avait été admis par la Société d'Etudes législatives (1). La difficulté se présente lorsqu'il y a séparation de biens entre les époux. En effet, le droit de saisir-arrêter les revenus de son conjoint existe sous tous les régimes, mais les articles 1537 et 1575 limitent en cas de séparation de biens la contribution de la femme aux charges du ménage au tiers de ses revenus. Si le juge de paix autorisait une saisie-arrêt dans les limites de l'article 214, il risquerait de dépasser la contribution fixée aux articles 1537 et 1575, ou encore celle qui a été fixée par le contrat de mariage. Il semble donc que dans ce cas, il faille faire échec à la règle posée par l'article 214. Normalement, il ne devrait pas en être ainsi, car une règle nouvelle telle que celle édictée par l'article 214 devrait abroger toutes les dispositions de la loi ancienne, mais il faut faire intervenir ici le principe suivant lequel le Parlement n'a pas voulu toucher aux textes sur les régimes matrimoniaux.

La deuxième modification apportée à l'article 7 de la loi de 1907 lors de son intégration dans l'article 214 nouveau du Code civil consiste en un élargissement de la contribution de la femme aux charges du ménage. Désormais cette dernière doit y contribuer sur tous les biens dont elle a l'administration, alors que l'article 7 ne parlait que des biens dont elle avait la disposition. Mais cette modification n'a pas une grosse importance, car elle ne vise en somme que la femme commune en biens qui s'est réservée par contrat l'administration de

(1) Bulletin de la Société, 1935, p. 94.

tout ou partie de ses biens et qui les a exclus de la communauté par une stipulation expresse.

La jurisprudence (1) a déjà et l'occasion de se prononcer sur l'article 214 nouveau. Un époux avait vu sa demande en divorce repoussée par le tribunal de première instance; le juge de paix se déclara compétent pour statuer sur la demande de pension alimentaire faire par la femme. Le mariage n'étant pas dissous, les obligations qui en découlent doivent être rigoureusement remplies.

La réforme de 1938 n'a guère modifié la théorie jurisprudentielle du mandat domestique de la femme mariée. Elle a même précisément transposé le devoir d'entretien à la charge du mari de l'ancien article 214 dans le nouvel article pour que toutes les conséquences que la jurisprudence tirait de la théorie du mandat domestique fussent maintenues. Le nouvel article 214 dispose en effet que « le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état ». Le devoir d'entretien a été maintenu avant tout dans l'intérêt des tiers; il faut en effet qu'à l'égard de tous le mari soit responsable pour que les tiers n'aient pas à se préoccuper de savoir sous quel régime les époux sont mariés; c'est pourquoi le mandat domestique fonctionne sous tous les régimes.

Quoique la jurisprudence ait coutume d'interpréter largement ce mandat tacite, il n'est quand même pas si étendu que la femme puisse accomplir toutes espèces d'actes. Celle-ci peut seulement faire les dépenses courantes du ménage, pourvu qu'elles soient en corrélation

(1) Gaz. Pal. 1938, 2, 435.

avec sa situation. De même, la jurisprudence reconnaît à la femme le pouvoir d'emprunter en cas de nécessité (1). Mais le mandat tacite ne comprend pas les opérations de bourse ni les spéculations financières (2). La femme ne peut donc pas signer des traites ni souscrire des titres de bourse.

Le mandat tacite ne cesse pas de s'appliquer, en cas de séparation de fait, lorsque les époux ne vivent plus ensemble. En effet, l'obligation qui est à la charge du mari ne cesse pas par là même de s'appliquer et n'est pas à la discrétion des époux. Il n'y aurait guère qu'en cas de séparation de corps, ou lorsque la femme a été autorisée à avoir une résidence séparée, que l'existence du mandat tacite pourrait prendre fin, à condition toutefois que le mari alloue à sa femme une pension alimentaire. Dans ce cas, la femme se trouve dans l'impossibilité de faire payer directement au mari les dépenses qu'elle a faites.

Le mari a théoriquement le pouvoir de révoquer le mandat tacite. Ce sera alors à lui qu'il appartiendra de payer directement les dépenses du ménage. Mais la jurisprudence met à cette révocation des conditions telles qu'elle ne peut guère fonctionner en pratique. Il faut en effet que le mari avertisse personnellement les tiers de sa décision. Au cas où il ne l'aurait pas fait, il se trouverait engagé vis-à-vis de ceux-ci par les dettes faites par sa femme.

La possibilité d'une révocation de la part du mari est évidemment la conséquence normale et naturelle de la

(1) Cass. civ., 27 juin 1922 : D. 1922, 1, 200.

(2) Cass. civ., 29 janvier 1930 : D. H. 1930, 161; Req., 30 mai 1932 : D. H. 1932, 345.

théorie du mandat tacite; c'est de même avoir l'explication d'une pratique peut-être inconnue à Paris, mais certes bien connue dans nombre de villes de province. Dans les journaux locaux provinciaux, il arrive en effet que l'on trouve des annonces ainsi conçues : « M. X... avertit les fournisseurs qu'il ne reconnaît désormais plus les dettes occasionnées par sa femme ». A Paris, où l'on ne trouve pas de journaux locaux réputés lus par tout le monde, le mari se verra dans l'obligation de porter à la connaissance des fournisseurs habituels du ménage individuellement et personnellement la décision qu'il a prise.

La mesure du mandat tacite est la question la plus délicate posée par cette création jurisprudentielle. En effet, pour savoir si la femme a dépassé les limites du mandat domestique, devra-t-on se baser sur les ressources réelles du ménage ou bien sur sa situation sociale apparente? Pour notre part, nous pensons que le fournisseur devrait plutôt se baser sur la situation sociale apparente. Mais il est certain que ce dernier ne doit considérer la femme comme mandataire que pour des actes qui peuvent être utiles à la vie même du ménage. Par exemple, la femme n'est pas censée dépasser les limites du mandat domestique lorsqu'il s'agit « d'obligations que le mari n'aurait pu, à raison de ses facultés et de l'état du ménage, refuser sans contrevenir à ses obligations légales » (1).

La théorie du mandat domestique a surtout été créée par la jurisprudence dans l'intérêt des tiers afin de leur permettre de toucher leur dû sans avoir à examiner quelles sont les factures personnelles des deux époux

(1) Cass. civ., 29 janvier 1930 : D. H. 1930, 151.

ni le régime matrimonial sous lequel ceux-ci sont mariés. Si le mandat tacite n'existait pas, il resterait encore le devoir de secours et d'assistance de l'article 212, de même le devoir qu'ont les deux conjoints de contribuer l'un et l'autre aux charges du ménage.

Certains auteurs ont critiqué la théorie du mandat domestique en prétendant qu'elle était inexacte. En effet, on peut assurément soutenir cette thèse puisque le mari n'a pas le pouvoir ni la faculté de révoquer le mandat à son gré. Au cas où la théorie jurisprudentielle se verrait vérifiée, le mari devrait pouvoir le faire, et les tiers qui sont en rapport avec les époux n'auraient pas à apprécier les motifs qui ont déterminé le mari à révoquer le mandat. Le mandant, en effet, n'est pas dans l'obligation de fournir à son mandataire ni aux tiers avec lesquels il contracte des explications sur la décision qu'il a prise de révoquer le mandat donné.

Dans le cas qui nous intéresse, la situation n'est pas du tout la même, puisqu'en cas d'abandon par le mari du domicile conjugal, c'est vainement qu'il ferait paraître dans les journaux l'annonce que désormais il ne compte plus reconnaître les dettes nées du fait de sa femme. Même si l'annonce en question est parvenue à la connaissance du fournisseur, celui-ci est toujours en droit de continuer à faire des fournitures à la femme, et par conséquent de poursuivre valablement le mari (1). La situation est par contre renversée si c'est le contraire qui s'est produit et qu'il s'agisse d'abandon du domicile conjugal par la femme. Dans ce cas, celle-ci n'est pas en droit d'engager la communauté par ses dépenses.

(1) Req., 8 novembre 1905 : S. 1907, 1, 145.

Il ne nous paraît pas exagéré de conclure de la façon suivante, à savoir que le mandat domestique de la femme mariée est en somme un mandat légal qui appartient à celle-ci parce que femme mariée. La loi n'y fait aucune allusion, mais il s'agit ici d'un mandat nécessaire qui a des limites tracées non seulement par les devoirs auxquels les époux sont tenus de souscrire, mais encore par les besoins de l'association conjugale. Le mandat tacite ne serait qu'une véritable attribution légale de la femme mariée.

Si c'est le mari qui est responsable vis-à-vis des tiers des dépenses de la femme, il n'en reste pas moins que celle-ci, comme nous l'avons vu au début de ce chapitre, doit aussi contribuer aux charges du ménage; mais il s'agit là d'une question qui doit uniquement être réglée entre les époux, et les tiers n'ont pas à s'en préoccuper, puisque vis-à-vis d'eux le mari est responsable. Faut-il conclure par là que la femme, elle, ne sera jamais responsable vis-à-vis des tiers? Normalement il faut certes admettre qu'elle ne se trouve pas engagée personnellement puisque le devoir d'entretien est mis à la charge du mari et qu'elle a agi avec son mandat. Mais au cas où elle aurait réellement profité de la dépense qu'elle a faite, intervient ici l'idée d'enrichissement sans cause. En vertu de l'action *de in rem verso*, il faudra admettre ici que dans cette mesure les tiers auront action contre elle.

Rien n'a été changé par la loi de 1938 à la manière dont la femme séparée de biens doit contribuer aux charges du ménage. Le principe demeure qu'elle doit remettre au mari la somme correspondant à sa part proportionnelle. Le mari étant chef de famille, et l'ar-

ticle 214 l'obligeant à fournir à sa femme « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie, selon ses facultés et son état », il est normal qu'il en soit ainsi, du moins étant donné les textes en présence.

Les créanciers ont d'ailleurs toujours la possibilité d'agir directement contre la femme séparée de biens. Mais en vertu du mandat domestique, qui fonctionne sous tous les régimes, ils ont une action contre le mari pour le tout. Bien qu'on ait prétendu que la théorie du mandat tacite ne devait pas fonctionner sous le régime de la séparation de biens, il faut soutenir l'opinion contraire, car sans cela on ne comprendrait plus qu'on ait conservé le devoir d'entretien de l'article 214. En principe, les tiers ne doivent pas avoir à se préoccuper de savoir sous quel régime les époux sont mariés. Mais sous le régime de la séparation de biens, lorsque le mari est insolvable, le créancier ne possède pas seulement contre la femme une action dans la mesure de son apport contributoire, mais au contraire pour le tout (1) : celle-ci se trouve tenue solidairement avec le mari. Mais, lorsque le créancier a traité avec le mari, celui-ci est certes responsable (2), mais il semble que dans ce cas la femme ne doive être elle-même responsable que dans la mesure où elle n'a pas remis au mari sa part contributoire.

En se bornant à la seule lecture de l'article 214 nouveau, on pourrait en déduire que désormais la femme se trouve dès à présent solidairement tenue avec le mari pour les dettes ménagères, puisqu'elle est obligée de

(1) Cass., 27 janvier 1857 : D. 1857, 1, 147; Cass., 31 octobre 1934 : D. 1935, 1, 73.

(2) Req., 3 juillet 1907 : S. 1909, 1, 543.

contribuer aux charges du ménage, et cela sous tous les régimes. Mais il semble que, si le législateur avait voulu qu'il en fût ainsi, il aurait reconnu à la femme un pouvoir propre qui la rendrait directement responsable vis-à-vis des tiers. Puisque le législateur n'a pas touché à la question des régimes matrimoniaux, il vaut certes mieux décider que la théorie du mandat domestique doit fonctionner comme avant 1938.

DEUXIEME PARTIE

LA CAPACITE DE LA FEMME MARIEE

Depuis la loi du 18 février 1938, la femme mariée jouit en principe de son entière capacité civile. Ce principe se trouve formulé dans l'article 215 nouveau. Il permet désormais à la femme mariée d'avoir le sentiment de sa dignité et l'exercice normal de ses droits quand le mari est malade, absent ou condamné à une peine afflictive et infamante.

Le législateur de 1938 a opéré avant tout une réforme de principe. M. Bonnecase (1) prétend que cette loi a un caractère nettement révolutionnaire par rapport à l'état antérieur. Mais il semble que si cette affirmation peut à la rigueur paraître vérifiée au regard de la théorie, elle n'en doit pas moins être considérée comme exagérée, car la réforme de 1938 n'accorde pas aux femmes tout ce qu'elle paraît leur promettre puisqu'elle maintient scrupuleusement tout ce qui a trait aux régimes matrimoniaux. Mais, y a-t-il un lien nécessaire entre les deux notions de capacité et de régimes matrimoniaux? M. Voirin (1), par exemple, considère la capacité comme un statut général qui serait plus ou moins modifié par l'adoption d'un régime matrimonial qui devrait être considéré comme un statut spécial. Mais cette thèse ne paraît pas devoir être retenue, puisque la femme mariée est nécessairement soumise à un régime matrimonial volontairement adopté ou non, et qu'aucun de ces régimes ne lui accorde de pouvoirs suffisants. En effet, les restrictions provenant de ces régimes s'ap-

(1) Bordeaux, *op. cit.*, n° 18, p. 46.

(1) D. H. 1934, p. 65 et s.

pliquent automatiquement à l'exercice de cette capacité de principe.

Comme le fait remarquer M. Esmein (1), le législateur en s'obstinant à ne pas vouloir toucher à la question des régimes matrimoniaux se condamnait ainsi à ne faire qu'une réforme de portée surtout sentimentale. Quoique l'opinion de M. Esmein soit vérifiée quant au fond, il semble toutefois qu'elle soit en réalité exagérée, car la femme a sur bien des points réellement profité de la réforme de 1938.

La loi de 1938 doit être considérée comme une première étape qui doit préparer une réforme plus importante des droits de la famille. On a craint, en effet, en adoptant d'emblée le projet de la commission de devancer les mœurs et par là de faire une loi qui n'aurait pas été appliquée. Mais aurait-on réellement devancé les mœurs? Le législateur persistera-t-il longtemps à considérer la femme comme incapable d'administrer ses biens sous le régime de droit commun, ou encore de disposer de ses immeubles sous le régime de la séparation de biens? (2).

A ceci on peut répondre que la pratique révèle que bien des femmes mariées sous le régime de la séparation de biens s'empressent de remettre à leur mari l'administration de leurs biens, solution à laquelle il n'y a pas à répliquer, et qui peut même être très favorable à la femme, puisque le mari a souvent l'occasion, grâce à sa pratique des affaires, d'être plus à même d'administrer sa fortune. Mais il faut légiférer plutôt pour des mé-

(1) Gaz. Pal. 6-7 mars 1938.

(2) Sauf discussion sur la question de savoir si les articles 1538 et 1449 sont encore en vigueur ou non.

nages qui ne s'entendent pas. En effet, le juge n'a pas à intervenir lorsque les époux vivent en bonne intelligence, et ils sauront trouver d'eux-mêmes la solution la plus avantageuse pour leurs intérêts.

Dans un premier chapitre, nous étudierons le principe posé par l'article 215 nouveau et les restrictions qui sont prévues par l'alinéa 2 du même article.

Un chapitre deuxième sera consacré à l'étude de l'autorisation maritale et de celle de justice dans les circonstances où la femme doit encore en être munie.

CHAPITRE PREMIER

Le principe et ses restrictions

L'article 215 nouveau qui est la clef de voûte de la réforme de 1938 est ainsi conçu : « La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile. Les restrictions à cet exercice ne peuvent résulter que de limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté ».

La rédaction actuelle de l'article 215 est due à un amendement de M. Manuel Fourcade (1). Dans le projet initial, on ne faisait en effet allusion qu'aux limitations résultant de l'adoption du régime matrimonial. L'article 215 du projet de 1932 était rédigé comme suit : « La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice, sous réserve de l'article 4 du Code de Commerce et des dispositions légales relatives aux divers régimes matrimoniaux ». M. Fourcade a fait en effet remarquer que « si la femme avait besoin de l'autorisation de son mari ou de justice, elle n'aurait pas le plein exercice de sa capacité civile, et que ce plein exercice est incompatible avec l'idée même de cette autorisation ».

Cette discussion quant à la rédaction du nouvel article 215 a une grande importance sur la question de

(1) *J. O.*, D. P. Sénat, 1936, p. 1563 et s.

savoir, comme nous l'avons vu précédemment, si l'article 4 du Code de Commerce est en vigueur ou non, puisque dans la rédaction qui a prévalu, on ne fait plus la réserve relative à l'article 4, mais on parle pourtant de limitations légales.

D'ailleurs, ce n'est pas la seule difficulté qui subsiste, car dans le titre des contrats de mariage, il y a encore de nombreux textes qui parlent de l'autorisation maritale ou de justice, ce qui crée un certain nombre de difficultés d'interprétation.

Quels sont les actes que la femme peut accomplir maintenant, depuis que la loi du 18 février 1938 a été promulguée?

En nous bornant présentement à l'énumération de ces actes, puisque nous traiterons de leur étendue au moment de l'étude de la capacité et des pouvoirs de la femme sous les différents régimes matrimoniaux, soit dans la troisième partie, nous allons étudier la capacité de la femme à l'égard du mari, dans une section première, et, dans une section seconde, sa capacité à l'égard des tiers.

SECTION PREMIÈRE

CAPACITE DE LA FEMME A L'EGARD DU MARI

Avant 1938, l'incapacité de la femme mariée à l'égard de son mari devait être recherchée dans le principe de la puissance maritale. Sur ce point, l'incapacité pouvait

disparaître si le mari désirait traiter avec elle : rien ne l'empêchait de l'habiliter pour ce faire.

Puisque le sénatus-consulte Velléien n'a pas été conservé dans notre législation — son abrogation date du règne d'Henri IV — la femme peut librement s'engager en faveur de son mari.

D'autre part, l'article 1096 sur les donations entre époux a subi une légère modification depuis la réforme de 1938 qui en a retranché le deuxième alinéa désormais inutile : « la révocation pourra être faite par la femme sans y être autorisée par le mari ni par justice ».

La capacité de la femme à l'égard de son mari soulève encore le problème de savoir si les sociétés ou encore les contrats de travail sont autorisés ou non entre époux. Avant la loi de 1938, la jurisprudence ne reconnaissait pas la validité des sociétés entre époux (1), et elle ne distinguait même pas suivant que la société était conclue uniquement entre les époux ou entre ceux-ci et des tiers. La nullité de ces sociétés était une nullité absolue, et son fondement devait être recherché dans les articles 1388 et 1395, et, dans certains cas, si une fraude était à craindre, dans l'article 1096 qui permet la révocabilité des donations entre époux.

Comme la loi de 1938 n'a touché ni à l'article 1388 ni à l'article 1395, il est peu probable que la jurisprudence soit maintenant disposée à admettre la validité des sociétés entre époux. On pourrait toutefois se poser la question, car si l'article 1388 n'a pas été modifié expressément, il n'en reste pas moins que son esprit n'est plus le même, puisque le devoir d'obéissance de la femme

(1) Cf. Req., 15 février 1937 : D. P. 1938, 1, 12.

envers le mari a été abrogé. Mais malgré cet argument, il ne faut pas oublier que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales a été laissé intact par la loi de 1938, puisque l'article 1395 n'a pas été touché. Or, comme de plus le mari demeure chef de communauté et qu'il y a toujours une certaine prépondérance maritale, puisque l'article 213 nouveau institue le mari chef de la famille, il est certain que la jurisprudence ne reconnaîtra pas la validité des sociétés entre époux.

La question des contrats de travail entre époux est plus délicate. La jurisprudence (1) avait déjà avant 1938 admis, contre la majorité des auteurs, que ces contrats étaient valables. On avait critiqué cette solution admise par la Cour de Cassation, en alléguant d'une part que l'on ne pouvait substituer aux règles du Code civil celles du Code du Travail, et d'autre part que le mari, à cause de l'article 213 ancien, ne pouvait normalement pas devenir l'employé de sa femme. On disait de même qu'il était contraire à l'esprit de l'union conjugale que la femme devînt la préposée de son mari. C'est ainsi que M. Voirin (2) était d'avis que même la femme, qui pourtant à cette époque était incapable et soumise à la puissance maritale, ne pouvait devenir l'employée de son mari.

Désormais il semble que, depuis la loi de 1938, il ne doive plus en être ainsi, et que les contrats de travail entre époux doivent être valablement reconnus (3). En effet, la puissance maritale ayant été désormais abolie, rien ne paraît *a priori* s'opposer à ce qu'un mari de-

(1) Cass. civ., 8 novembre 1937 : Gaz. Pal. 1938, 1, 43.

(2) D. P. 1928, 2, 169.

(3) En ce sens : ESMEIN : Gaz. des Prud'hommes, 1938, p. 129.

vienne le préposé de sa femme. Toutefois, M. Savatier (1) estime que la qualité d'employé de sa femme est pour le mari incompatible avec celle de chef de famille. Il est certain en tout cas qu'une femme peut actuellement devenir la préposée de son mari, puisque la jurisprudence l'admettait déjà avant 1938, et à notre sens, il doit en être de même dans le cas opposé. Il paraît aussi que, dans le cas où la femme serait l'employée de son mari, ce dernier ne pourrait la congédier sans préavis et lui devrait une indemnité, s'il abusait de son droit de la congédier, puisque désormais celle-ci ne lui doit plus obéissance.

En matière de vente et de dation en paiement, mentionnons enfin que, la protection des tiers étant organisée par la loi, il y a différentes circonstances où la vente entre époux et la dation en paiement sont interdites. Mais remarquons qu'il ne s'agit pas là d'une restriction particulière à la capacité de la femme puisqu'elle concerne aussi bien le mari.

SECTION DEUXIÈME

CAPACITE DE LA FEMME A L'EGARD DES TIERS

L'article 215 ancien interdisait à la femme mariée d'« ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non

(1) SAVATIER, *op. cit.*, p. 50 et s.

commune, ou séparée de biens ». Aux termes de l'article 217, elle ne pouvait « donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit ». Le principe d'incapacité s'appliquait donc aux actes judiciaires comme aux actes extra-judiciaires, c'est-à-dire les actes juridiques ordinaires. Les exceptions au principe d'incapacité étaient peu nombreuses : les principales étaient la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, et la théorie jurisprudentielle du mandat domestique.

SOUS-SECTION 1

ACTES JUDICIAIRES

Depuis l'abrogation de l'article 215 ancien, il faut décider que la femme peut librement ester en justice sans aucune autorisation.

Avant 1938, il y avait un certain nombre d'exceptions au principe de l'article 215 ancien. La première venait de l'article 216 ancien qui décidait que la femme pourrait être poursuivie en matière criminelle ou de police sans autorisation. De même, la loi du 13 juillet 1907 était venue lui permettre de plaider pour ses biens réservés sans autorisation maritale. Depuis la loi du 12 juillet 1909, la femme pouvait aussi librement ester en justice pour toutes contestations relatives au bien de famille. Elle n'avait pas besoin non plus d'autorisation pour plaider en divorce ou en séparation de corps.

Mais l'incapacité, à part les exceptions que nous ve-

nous de voir, était générale. Elle existait pour tout procès civil, que la femme soit demanderesse ou défenderesse, et cela quel que fût l'adversaire ou la juridiction. Lorsque le procès avait été fait sans autorisation, le jugement une fois qu'il était définitif, demeurerait valable, en vertu du principe « voies de nullité n'ont lieu contre jugements ». Mais les voies de recours pouvaient être utilisées sur le fondement de la non-autorisation. Le mari pouvait aussi faire tierce-opposition.

Actuellement, depuis la promulgation de la loi de 1938, la femme peut librement ester en justice sans autorisation du mari ni de justice. Il y a toutefois un certain nombre de textes qui parlent encore d'autorisation à obtenir par la femme pour pouvoir plaider. Mais l'abrogation de l'article 215 ancien, texte général, ne doit laisser aucun doute sur l'interprétation qu'il faut désormais donner à ces textes qui doivent être considérés comme abrogés implicitement.

C'est ainsi que trois textes de procédure, l'article 36 de la loi du 27 mars 1907 sur les Conseils de Prud'hommes, l'article 16, alinéa 1^{er}, de la loi du 12 juillet 1905 sur les justices de paix et l'article 865 du Code de Procédure civile, doivent être considérés dorénavant comme sans application. Aux termes de ces articles, la femme devait obtenir l'autorisation maritale ou de justice pour paraître devant le Conseil de Prud'hommes ou le juge de paix, ou devait être munie de l'autorisation du juge pour former une demande en séparation de corps.

Il pourrait toutefois y avoir un doute puisque l'article 215 nouveau décide que les seules restrictions à la capacité civile de la femme mariée ne peuvent résulter que de limitations légales ou des régimes matrimoniaux.

Or, les textes que nous venons de voir, de même que l'article 1576 du Code civil, qui interdit à la femme dotale de « paraître en jugement » à raison de ses biens paraphernaux, pourraient être considérés comme des limitations légales. Seulement cette manière de voir conduirait à des résultats absurdes, puisque dans ce cas la femme pourrait plaider devant le tribunal civil sans autorisation ou encore former une demande en divorce, alors que pour plaider devant le Conseil de Prud'hommes ou pour introduire une demande en séparation de corps, elle devrait se munir d'une autorisation. En effet, tous ces textes ne peuvent plus se justifier pour des raisons particulières, et comme ils n'étaient que des applications du principe général, celui-ci étant abrogé, il doit en être de même pour eux.

On peut se demander toutefois si la jurisprudence entrera dans cette voie, car la Cour d'appel d'Angers (1), par un arrêt du 25 février 1941, après avoir reconnu que maintenant la femme mariée pouvait librement ester en justice par suite de l'existence de l'article 215 nouveau, a cité comme restriction l'article 1576 qui lui interdit de plaider relativement à ses biens paraphernaux. La Cour d'Angers se demandait pourtant si l'article 1576 n'avait pas été maintenu par suite d'une inadvertance du législateur. On peut en conséquence se demander si, dans le cas où un litige se présenterait au sujet de biens paraphernaux d'une femme dotale, la jurisprudence permettrait à celle-ci de plaider sans autorisation.

M. Delachenal (2) a formulé l'idée que, à son avis,

(1) Gaz. Pal. 1941, 1, 272.

(2) Gaz. Trib., 20 mars 1938.

dans aucun cas la femme ne pouvait plaider sans autorisation. En effet, si celle-ci ne peut plaider pour ses biens paraphernaux par suite du maintien de l'article 1576, il doit en être de même pour la femme séparée de biens, et *a fortiori* par la femme commune en biens. Mais nous repoussons cette thèse comme nettement contraire à l'abrogation de l'article 215 ancien.

D'ailleurs la jurisprudence a déjà largement fait application des principes nouveaux. C'est ainsi que le tribunal civil de la Seine, par un jugement en date du 3 juin 1938 (1), a décidé qu'« il n'y a pas lieu pour le tribunal d'autoriser la femme à ester en justice, ce droit lui étant dorénavant reconnu par l'article 215 nouveau ». Le 17 mars 1938, il avait déjà admis que, pour plaider, la femme mariée n'avait plus besoin d'être autorisée (2). Le tribunal civil de Lyon (3) s'est aussi prononcé dans le même sens.

Pourtant, le tribunal civil d'Alençon (4), par un jugement en date du 31 décembre 1940, paraît rendre indispensable l'autorisation du mari ou de justice, lorsque s'agissant d'un partage d'indivision dans lequel la femme est intéressée, les biens à provenir à celle-ci de ce partage doivent en tout ou partie tomber dans la communauté, le mari étant dans ce cas considéré comme copartageant.

Quoi qu'il en soit, la majorité des décisions jurisprudentielles se prononcent en faveur de la reconnaissance de la possibilité pour la femme de plaider librement, et

(1) Gaz. Trib., 14-15 octobre 1938.

(2) La Loi, 21 mai 1938.

(3) La Loi, 2-4 octobre 1938. Jugement du 7 avril 1938.

(4) Gaz. Pal. 1941, 1, 158.

c'est sans aucun doute la solution qu'a voulue le législateur de 1938.

SOUS-SECTION 2

ACTES EXTRA-JUDICIAIRES

Avant 1938, la femme mariée ne pouvait faire aucun acte juridique sans l'autorisation de son mari : l'incapacité de la femme était générale. On considérait en effet, sauf discussion, que l'énumération de l'article 217 n'était pas limitative. L'autorisation du mari devait être expresse, donnée par écrit ou résulter de son concours dans l'acte. Elle devait de plus être spéciale. Cependant l'autorisation du mari pouvait être générale et tacite lorsque la femme devait être autorisée à faire le commerce ou lorsque, par contrat de mariage, elle conservait l'administration de ses biens.

Lorsque la femme avait agi avec l'autorisation du mari, l'acte était pleinement valable. Les créanciers pouvaient de ce fait, lorsque les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, avoir action sur les trois patrimoines. S'il y avait séparation de biens, les créanciers ne pouvaient saisir que le patrimoine de la femme, et le mari ne se trouvait pas engagé.

Si la femme n'avait agi qu'avec l'autorisation de justice, l'acte était valable, mais il ne pouvait être opposé au mari. Sous le régime de la communauté, les créanciers ne pouvaient avoir action que sur la nue propriété des biens de la femme, puisque le mari conservait son droit de jouissance sur ceux-ci.

Lorsque la femme avait agi sans autorisation, l'acte était nul, mais d'une nullité relative seulement. La femme était dans la situation d'un incapable, et on lui appliquait les règles des articles 1124 et 1125 relatifs aux mineurs et aux femmes mariées. La nullité pouvait être invoquée par la femme et par le mari et se couvrait par la prescription décennale. Les tiers avec lesquels la femme avait traité ne pouvaient pas invoquer la nullité. Ceux-ci se trouvaient donc à la merci des époux, puisque ces derniers pouvaient faire tomber l'acte, en en demandant la nullité, ou au contraire le maintenir. C'est pourquoi la jurisprudence, pour remédier à ces inconvénients, faisait intervenir l'article 1382, et notamment lorsque la femme avait utilisé des manœuvres frauduleuses et s'était fait passer pour célibataire, veuve ou divorcée, on considérait que celle-ci avait commis un délit civil vis-à-vis de son cocontractant et lui en devait réparation. Dans ce cas, la femme, pas plus que son mari, à condition toutefois qu'il ait été son complice, n'avaient plus l'action en nullité à leur disposition.

Le principe de l'article 215 nouveau s'applique en premier lieu aux actes pour lesquels la femme était exceptionnellement capable avant 1938 : celle-ci avait toujours pu reconnaître un enfant naturel sans autorisation ; elle pouvait de même exercer la puissance paternelle sur les enfants qu'elle aurait eus d'un précédent mariage. L'article 216, qui n'a pas été abrogé par la loi de 1938, lui permettait de faire son testament sans l'autorisation de son mari. De même, il avait toujours été admis que la femme s'obligeait par ses délits, et qu'elle pouvait valablement accomplir des actes conservatoires

sur ses biens. Enfin, la jurisprudence, par l'admission du mandat domestique, avait fait une large brèche dans le système de l'incapacité de la femme mariée. Signalons aussi que des lois récentes, en particulier celle du 6 février 1893 relative à la capacité de la femme séparée de corps, avaient sur bien des points accordé la capacité à la femme mariée.

Désormais le principe de la capacité s'applique à tous les actes pour lesquels la femme était autrefois incapable. Il s'applique non seulement aux actes d'administration, mais aussi aux actes de disposition.

Sous l'ancienne législation, l'article 217, aujourd'hui abrogé, interdisait à la femme d'acquérir à titre gratuit ou onéreux sans autorisation maritale, à moins qu'elle ne fût dans les limites du mandat domestique. Depuis 1938, la jurisprudence a formellement reconnu que la femme pouvait librement acquérir, aussi bien à titre gratuit qu'onéreux (1). Elle peut aussi maintenant accepter une succession sans autorisation (2). De même, pour des raisons morales fort discutables, la femme ne pouvait accepter des legs ou des donations sans le consentement de son mari. L'abrogation des articles 217 et 934 supprime toutes ces dispositions arbitraires.

Avant 1938, la femme avait déjà le droit, en vertu de la théorie du mandat tacite, de faire les aliénations nécessaires à l'accomplissement de ses devoirs domestiques. En vertu de l'article 215 nouveau et de l'abrogation de l'article 217, la femme mariée peut dorénavant

(1) Seine, 26 janvier 1939 : Gaz. Pal. 1939, 1, 414; Valognes, 8 mars 1939 : Gaz. Pal. 1939, 2, 22.

(2) Seine, 26 janvier 1939 : Gaz. Pal. 1939, 1, 414; Versailles, 3 février 1939 : Gaz. Pal. 1939, 1, 834; Seine, 11 mai 1939 : Gaz. Pal. 1939, 2, 137; Beauvais, 12 mai 1939 : Gaz. Pal. 1939, 2, 138.

aliéner, transiger, hypothéquer sans restrictions autres que celles dérivant de son régime matrimonial ou de textes spéciaux. Le tribunal civil de la Seine (1), dans un jugement du 2 juin 1938, a déjà eu l'occasion de reconnaître que la femme pouvait librement transiger.

Avant la réforme de 1938, la femme ne pouvait valablement s'engager sans autorisation expresse, à moins qu'elle ne fût marchande publique : c'est ce qui résultait de l'article 220 aujourd'hui abrogé. Désormais, la femme pourra donner à bail sans limitation de durée les biens sur lesquels le mari n'aura pas de droit d'administration ou de jouissance. Elle pourra aussi emprunter, ce qui ne lui était pas permis avant 1938 ; il lui sera par contre peut-être difficile de le faire, car la question du gage des créanciers se posera toujours tant que la réforme des régimes matrimoniaux n'aura pas été faite.

Puisque la capacité de la femme mariée a été proclamée, elle peut maintenant librement faire des actes de commerce isolés. Le mari pourrait seulement, à condition toutefois que la théorie suivant laquelle l'article 4 du Code de Commerce est toujours en vigueur, se trouvât vérifiée, lui interdire de devenir commerçante. Remarquons que le mari ne peut interdire à sa femme un acte de commerce isolé une fois que celle-ci est commerçante : il ne pourrait que révoquer son autorisation générale de faire le commerce.

Elle peut de même se faire librement ouvrir un compte en banque. M. Renoult l'a formellement déclaré (2) ; mais comme nous le verrons dans la troisième partie, il est à craindre que, pour la femme commune

(1) La Loi, 24 juin 1938 ; Gaz. Trib., 19 juin 1938.

(2) *J. O.*, D. P. Sénat, 1937, p. 347.

en biens tout au moins, cette opération ne lui soit très difficile en pratique à cause de son défaut de pouvoirs. Mais, théoriquement, toutes les femmes mariées, quel que soit leur régime matrimonial, ont capacité de passer avec le banquier le contrat d'ouverture de compte.

L'article 215 nouveau, dans son deuxième alinéa, prévoit deux sortes de restrictions à l'exercice de la capacité civile de la femme mariée : les restrictions résultant de textes spéciaux, et celles qui dérivent du régime matrimonial adopté par les époux. Ces dernières seront étudiées dans la troisième partie qui traitera de la capacité de la femme mariée vue à travers les régimes matrimoniaux.

Certains auteurs, en particulier M. Esmein (1), ont essayé de faire une liste de toutes les restrictions légales à l'exercice de la capacité de la femme mariée, mais ils se sont aperçus que le critérium à adopter sur la question de savoir si certains textes étaient encore à l'heure actuelle en vigueur ou non, était fort difficile à établir.

Les restrictions légales les plus importantes sont : l'article 405 du Code civil sur la tutelle, l'article 480 sur la curatelle, l'article 4 du Code de Commerce, sauf controverse, l'interdiction de la vente entre époux, de même que celle des sociétés, l'incapacité de faire des actes professionnels lorsque le mari a fait valablement opposition à ce que sa femme exerce une profession, ou lorsque le tribunal a rejeté le recours fait par celle-ci, l'incapacité d'adopter ou d'être adoptée sans le consentement du mari (2), l'incapacité de consentir à une assu-

(1) Gaz. Pal. 7 mars 1938.

(2) Article 346 nouveau du Code civil (Décret du 29 juillet 1939).

rance en cas de décès (1), la possibilité pour le mari de faire opposition au retrait par la femme de sommes déposées dans une caisse d'épargne, enfin l'article 2208 du Code civil sur la saisie immobilière.

La jurisprudence a, d'autre part, formellement reconnu l'existence de restrictions légales prévues par le législateur (2). Mais certains textes des différents codes, et même du Code civil, font encore allusion à l'autorisation maritale et à celle de justice. Faut-il considérer tous ces textes comme tacitement abrogés? Doit-on au contraire les considérer comme maintenus en tant que restrictions légales? En règle générale, faut-il considérer tout texte qui ne figure pas sur la liste des textes abrogés par l'article 2 de la loi de 1938 comme expressément en vigueur? Il semble qu'il faille distinguer, et décider que tous les textes qui n'étaient avant 1938 que des applications du principe général d'incapacité, aujourd'hui abrogé, doivent être eux-mêmes considérés comme virtuellement abrogés. Au contraire, les textes en question seront maintenus si des raisons spéciales qui ne tiennent pas à l'incapacité mais à la matière viennent en justifier le maintien.

Le projet de 1932 avait prévu une autre restriction, à savoir que le mari pouvait demander au tribunal d'apporter à la capacité de la femme les restrictions justifiées par l'intérêt du ménage. Il est heureux que cette disposition n'ait pas été retenue par le législateur de 1938, car c'est faire à la femme « un cadeau peu en-

(1) Article 59 de la loi du 13 juillet 1930.

(2) Seine, 1^{er} décembre 1938 : Gaz. Pal. 1939, 1, 222; Seine, 12 janvier 1939 : La Loi, 28 février 1939; Seine, 26 janvier 1939 : Gaz. Pal. 1939, 1, 414; Versailles, 3 février 1939 : Gaz. Pal. 1939, 1, 834.

viable que de lui octroyer une pleine capacité sujette à retrait » (1). De plus, cette disposition aurait fait naître en pratique de grandes difficultés, puisqu'il aurait fallu de toute nécessité avertir les tiers de la restriction. De plus, on peut se demander quelle aurait été la validité des actes accomplis à la suite d'un jugement prononçant le retrait de capacité et qui aurait été attaqué par une voie de recours.

(1) VOIRIN, chronique au D. H. 1934, p. 67.

CHAPITRE DEUXIEME

Autorisation maritale et autorisation de justice

Dans une section première, nous proposons de nous poser la question de savoir si dans certains cas l'autorisation maritale ne subsiste pas encore, et nous verrons que la réponse doit être affirmative.

Une section deuxième sera consacrée à l'étude de l'autorisation de justice dans les cas où elle est maintenue.

Enfin une section troisième traitera des sanctions du défaut d'autorisation lorsqu'elle est nécessaire.

SECTION PREMIÈRE

L'AUTORISATION MARITALE

La loi du 18 février 1938 a abrogé tous les textes du chapitre VI du titre V du livre I^{er} du Code civil relatifs à l'autorisation maritale ou à l'autorisation de justice. On ne parle plus de femme autorisée que dans le chapitre des contrats de mariage.

Dans le système ancien, la femme ne pouvait agir « sans le concours du mari dans l'acte ou son consen-

tement par écrit » (1). L'autorisation pouvait être tacite ou expresse. Mais la loi de 1938 a abrogé l'article 217 sur lequel le principe d'incapacité était fondé, et maintenant le problème se pose de savoir dans quelles conditions et dans quelles circonstances le consentement marital doit se donner, à supposer qu'il soit encore nécessaire.

Ainsi pour les auteurs qui admettent encore que l'article 4 du Code de Commerce est en vigueur, de même que les articles 1449 et 1538 du Code civil relatifs à la femme séparée de biens (2), la question se pose encore sans aucun doute. De même, l'incapacité de la femme renaît certainement lorsqu'elle exerce une profession malgré l'opposition valable du mari.

Ainsi les auteurs qui sont partisans de la théorie suivant laquelle ces articles seraient encore en vigueur doivent, après avoir distingué entre les cas qui exigent une autorisation et ceux qui ne demandent qu'une simple habilitation, appliquer la réglementation ancienne, en principe tout au moins, car nous verrons dans la section troisième du présent chapitre, que les sanctions du défaut d'autorisation ne doivent plus être identiques depuis la promulgation de la loi de 1938.

La loi de 1938 a abrogé l'article 223 du Code civil, aux termes duquel « toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme ». M. Ancel (1) estime que l'article 223 devait être abrogé « non pas

(1) Article 217 du Code civil.

(2) Nous verrons dans la troisième partie que les articles 1449 et 1538 doivent tous deux être considérés comme toujours en vigueur.

(3) ANCEL, *op. cit.*, n° 79, p. 151.

parce qu'il énonçait la règle de la spécialité, mais parce qu'il constituait une affirmation nouvelle de la règle de l'incapacité ». A son avis, l'abrogation de cet article n'aurait aucune influence ni sur l'article 1449 ni sur les modalités d'application de l'article 4 du Code de Commerce. Un mari ne pourrait donc, pas plus aujourd'hui qu'avant 1938, donner par contrat de mariage l'autorisation générale à sa femme d'aliéner librement ses immeubles si le régime de la séparation de biens a été adopté. Sous le régime de la communauté, une autorisation générale ne pourrait certes non plus être donnée, sauf si elle a trait à l'administration des biens de la femme, car l'article 1388 n'a pas, lui, été abrogé et il dispose qu'il est interdit aux époux de déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef. La question pourrait quand même se poser toutefois pour la femme séparée de biens relativement à ses immeubles et pour la femme dotale lorsqu'elle possède des immeubles paraphrناux. Si l'on ne faisait remarquer qu'en première lecture à la tribune du Sénat on avait proposé d'abroger l'article 1538 qui interdit lui aussi au mari d'autoriser généralement sa femme d'aliéner ses immeubles. L'économie des régimes matrimoniaux n'ayant pas été modifiée par le législateur de 1938, il s'en suit que l'abrogation de l'article 223 doit être inopérante au regard des clauses expresses d'autorisation générale.

Un autre problème relatif à l'autorisation maritale se pose du fait de la disparition de l'article 224 du Code civil, aux termes duquel « si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter ». Certains au-

teurs (1) se sont demandés si le mari mineur pourrait autoriser sa femme à accomplir des actes que lui-même ne saurait faire sans assistance. Le problème ne se pose évidemment plus pour les auteurs qui n'admettent plus qu'une habilitation soit nécessaire pour un certain nombre d'actes. Il semble que dans le cas prévu par l'article 224, puisqu'il n'y a désormais plus de disposition contraire, il faille admettre pour le mari mineur la possibilité d'autoriser sa femme à accomplir les actes pour lesquels il lui faudrait lui-même avoir l'avis favorable de son curateur, du tribunal ou du conseil de famille.

SECTION DEUXIÈME

L'AUTORISATION DE JUSTICE

Dans le système du Code civil, l'autorisation de justice pouvait, d'après les articles 218 et 219 aujourd'hui abrogés, remplacer l'autorisation maritale. Pour cette institution, comme pour l'autorisation maritale, il faut conclure qu'elle est aujourd'hui abrogée, du moins en principe, puisque le législateur n'a pas touché aux régimes matrimoniaux. Or, dans le titre cinquième qui traite des contrats de mariage, il y a encore de nombreux textes qui parlent d'autorisation de justice à défaut d'autorisation maritale. La conclusion qu'il faut tirer de ce fait est que, quoique l'institution de l'autori-

(1) En particulier, M. SAVATIER, *op. cit.*, p. 69.

sation de justice soit abrogée en tant qu'institution générale, il peut toutefois y avoir certains cas où elle peut encore à l'heure actuelle recevoir application. L'article 1426 du Code civil, par exemple, aux termes duquel « les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de justice, n'engagent point les biens de la communauté », demeure inchangé depuis la réforme, et il ne saurait être question pour la femme d'engager la communauté sans autorisation. Il faut faire la même remarque pour les articles 1555 et 1556 qui permettent à la femme mariée sous le régime dotal d'engager les biens dotaux pour l'établissement des enfants communs ou de ceux qu'elle avait eus d'un précédent mariage avec l'autorisation de justice à défaut de l'autorisation maritale.

La jurisprudence paraît avoir admis que l'autorisation de justice était abrogée en tant qu'institution générale. Le tribunal civil de Bordeaux, dans un jugement rendu le 6 juillet 1938 (1), s'est déclaré incompétent pour autoriser une femme à contracter un emprunt hypothécaire sur ses immeubles, alléguant que l'article 219 du Code civil donnant compétence exclusive à la Chambre du Conseil pour connaître des complications pouvant surgir lorsque le mari aurait refusé son autorisation, avait été abrogé par la loi du 18 février 1938, et qu'en conséquence le tribunal n'avait plus de pouvoirs pour autoriser la femme à défaut du mari. La jurisprudence considère donc que l'institution de l'autorisation de justice a cessé d'exister d'une façon générale.

Il n'en reste pas moins que l'institution de l'autorisation continue d'exister dans un certain nombre de cas

(1) Gaz. Pal. 18 octobre 1938.

déterminés. Nous pouvons citer comme exemple l'article 1427 du Code civil qui permet à la femme commune en biens d'engager la communauté pour tirer le mari de prison, ou en cas d'absence de celui-ci, pour doter les enfants communs avec l'autorisation de justice. Mais il semble qu'il ne doive pas s'agir ici d'une simple fonction habilitante, mais bien plutôt d'une fonction spéciale de l'autorisation de justice qui a pour but de permettre à la femme d'engager la communauté.

Le fait que les articles 861 et 864 du Code de Procédure civile n'ont pas été supprimés par la loi de 1938 ne pourrait suffire à justifier le maintien de l'autorisation de justice en tant qu'institution générale, puisque les articles 218 et 219 ont eux été abrogés.

Sur la question de l'autorisation de justice, la jurisprudence est déjà intervenue. Nous avons déjà cité un jugement du Tribunal civil de Bordeaux (1) qui se déclarait incompétent pour autoriser une femme à conclure un emprunt hypothécaire. De même, la Chambre du Conseil du Tribunal civil de la Seine (2) s'est déclarée incompétente pour interpréter les clauses restrictives d'un contrat de séparation de biens dès lors qu'une instance en divorce est engagée : elle ne peut autoriser la femme à exercer une action en recouvrement contre un tiers.

Un autre jugement (3) accepte une demande d'autorisation, tout en déclarant qu'il n'y a pas lieu de statuer sur elle. Il s'agissait d'une femme commune en biens qui voulait vendre des biens en nue propriété et d'au-

(1) Bordeaux, 6 juillet 1938 : G. P. 18 octobre 1938.

(2) Seine, 17 mars 1938 : G. T. 1^{er} avril 1938.

(3) Seine, 17 novembre 1938 : G. T. 11-13 décembre 1938.

tres biens en pleine propriété : pour les premiers, il n'y a pas besoin d'autorisation, et, pour les autres, seule l'autorisation du mari peut suffire.

Un jugement du tribunal civil de la Seine en date du 24 novembre 1938 (1) accorde à une femme séparée de biens l'autorisation d'aliéner un de ses immeubles ; la jurisprudence considère donc toujours l'article 1538 du Code civil comme en vigueur.

Il appert donc que la jurisprudence continuera d'appliquer, malgré leur abrogation, les textes du Code civil réglementant l'autorisation de justice dans les circonstances où elle est toujours nécessaire.

La femme étant maintenant capable en principe, on peut dire qu'il était normal que l'autorisation de justice ait été supprimée en tant qu'institution générale ; si elle est encore exigée dans certains cas déterminés, pour le régime dotal par exemple, ce ne peut être que par respect pour des règles qui tiennent essentiellement au fonctionnement des régimes matrimoniaux.

SECTION TROISIÈME

SANCTIONS DU DEFAULT D'AUTORISATION

Nous venons de voir que dans certains cas déterminés l'autorisation du mari et l'autorisation de justice

(1) Seine, 24 novembre 1938 : G. T. 11-13 décembre 1938 ; G. P. 23 janvier 1939. Voyez de même : Seine, 24 janvier 1939 : Sem. Jur. 23 avril 1939, p. 1078. Alençon, 31 décembre 1940 : D. P. 1941, 1, 158.

sont encore nécessaires. Le problème se pose donc de savoir quelles sont les sanctions applicables lorsque la femme passe outre à l'absence d'autorisation lorsque celle-ci est nécessaire.

L'article 1124, qui a été modifié lors de la réforme de 1938, ne range plus la femme mariée parmi les incapables. Comme la réglementation de l'action en nullité relative à la femme mariée était rangée avec les autres actions en nullité des incapables en général, on peut se demander maintenant quel sera le caractère de la nullité des actes de la femme : sera-ce une nullité absolue ou une nullité relative? S'agira-t-il même dans tous les cas d'une véritable nullité? De même, la question de la durée de la prescription n'a pas été résolue par le législateur de 1938.

Dans le système de l'ancien droit, lorsque la femme n'avait pas été autorisée par son mari, la nullité de l'acte accompli par celle-ci dans ces conditions était absolue. Avec le Code civil, la nullité provenant du défaut d'autorisation était devenue relative et susceptible d'être confirmée aussi bien par le mari que par la femme. De plus, la prescription était devenue décennale. Or, l'article 225 qui était à la base du système a été abrogé par la loi de 1938. Aux termes de cet article, « la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers ».

Normalement, en se basant uniquement sur les textes en présence, il faudrait évidemment conclure qu'il doit s'agir ici d'une nullité absolue. Cette opinion se trouverait corroborée par la modification qui a été apportée à l'article 1304 où la mention qui visait les femmes ma-

riées a été supprimée. L'alinéa premier de l'article 1304 est ainsi conçu : « Dans les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans ». M. Pernot (1) avait déclaré au Sénat, lors de l'élaboration de la loi de 1938, « que toutes les fois qu'il n'y a pas de texte pour fixer un délai spécial de prescription, c'est la prescription trentenaire qui s'applique ».

Mais il ne paraît pas possible de conclure que la nullité en question soit désormais absolue. M. Pernot s'est d'ailleurs trompé en déclarant qu'il s'agissait en l'occurrence d'une prescription de trente ans, car, quoi qu'il en soit de la question de savoir qui pourra exciper du défaut d'autorisation, vu l'article 1304, alinéa premier, auquel la loi de 1938 n'a pas touché, la prescription doit être de dix ans, puisqu'elle « n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière ».

De plus, on peut soutenir sans s'écarter des textes que la nullité des actes de la femme reste relative. En effet, en se référant à l'article 1124 qui déclare incapables « généralement ceux à qui la loi interdit certains contrats », on peut dire que dans les cas où la femme a besoin d'être autorisée, elle est incapable de contracter dans une certaine mesure, et que dans ces conditions on doit lui appliquer l'article 1124, bien que toutefois la mention qui y figurait visant la femme mariée en ait disparu depuis 1938; remarquons que la jurisprudence applique aussi l'article 1124 au prodigue bien qu'il ne figure pas dans l'énumération faite en cet article.

A qui appartiendra l'action en nullité? Dans le sys-

(1) Doc. parl. Sénat, p. 362, séance du 19 mars 1937.

tème ancien, lorsque la femme était incapable, l'action en nullité appartenait à la fois au mari et à la femme. Mais désormais il semble qu'il ne puisse plus en être ainsi dans tous les cas, car si, par exemple, la femme avait vendu un objet de la communauté, objet sur lequel elle n'avait aucun pouvoir, l'acte serait bien nul, non pas par suite du défaut d'autorisation, mais en vertu de l'article 1599 qui pose que « la vente de la chose d'autrui est nulle ». Dans ce cas l'acte serait inopposable au mari.

Mais si au contraire une femme séparée de biens a par exemple vendu un de ses immeubles sans autorisation, dans ce cas il faut lui reconnaître la possibilité d'exercer l'action en nullité, et il doit en être de même pour le mari, car ici le but de l'autorisation est de protéger les intérêts de la femme. En règle générale, on peut dire que toutes les fois que la femme a agi sans autorisation mais seulement en violation d'un texte de pouvoir, l'acte sera nul comme portant sur la chose d'autrui, mais elle ne pourra invoquer la nullité, tandis que si elle a agi en violation d'un texte de capacité, l'acte sera nul et la nullité pourra être invoquée par les époux. M. Voirin (1) s'est déjà prononcé dans un sens à peu près analogue : « ...il faut chercher les règles applicables dans les textes abrogés, mais en tenant compte du changement de point de vue, l'incapacité dans la mesure où elle subsiste, est dépouillée de toute idée de protection de la femme; seule, la protection de la primauté reconnue au mari, chef de la famille, est en jeu. Par suite, il est rationnel de décider que seul le mari est admis à invoquer la nullité, que la confirmation par

(1) Revue trim. de Droit civil, 1938, p. 347.

le mari couvre la nullité, que la prescription de l'action en nullité court du jour de l'acte annulable ». Nous nous écartons de l'avis de M. Voirin lorsqu'il prétend que « l'incapacité dans la mesure où elle subsiste, est dépouillée de toute idée de protection de la femme ». En effet, si le législateur n'a modifié aucun des textes des contrats de mariage, et si l'on prétend, en l'état actuel des textes, que la femme n'a plus besoin d'être protégée, il faut alors décider que les articles 1449, 1538 et 1576 sont tacitement abrogés, et que la femme séparée de biens peut aliéner librement ses immeubles. Or nous verrons dans la troisième partie qu'il ne doit pas en être ainsi et que ces textes sont aujourd'hui encore en vigueur. Si, en effet, on adoptait la théorie de M. Voirin, on ne saurait plus alors quel but donner à l'autorisation maritale. Il est certes regrettable d'avoir à adopter cette solution et de décider que la femme doit encore être protégée contre elle-même. Mais on ne peut certes pas s'en prendre à l'interprète, et il n'appartient pas à celui-ci de prendre des décisions qui ne seraient plus en harmonie avec l'esprit du Code civil.

En résumé, nous pouvons dire que l'interprète chargé d'appliquer la loi devra se préoccuper, pour savoir si les époux peuvent ou non invoquer la nullité de l'acte de la femme, de rechercher dans le cas qui lui est soumis le but de l'autorisation maritale. Lorsque l'autorisation a pour effet de protéger la femme, les époux pourront agir en nullité, et dans le cas contraire, lorsque l'autorisation n'aurait pour but que de permettre à la femme d'avoir action sur certains biens, les époux ne doivent pas pouvoir agir en nullité.

TROISIEME PARTIE

LA CAPACITE DE LA FEMME MARIEE

VUE A TRAVERS

LES REGIMES MATRIMONIAUX

La loi de 1938 n'a modifié aucun des textes du titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux. Le projet de 1932 avait refondu entièrement cette partie du Code civil, et avait adopté comme régime de droit commun le régime de la participation aux acquêts, dont nous montrerons certains de ses avantages au cours de cette étude. Le projet de 1932 avait aussi supprimé des dispositions relatives aux régimes de communauté non seulement les articles qui étaient incompatibles avec les principes nouveaux, mais encore tous ceux qui conféraient avec l'arbitraire coutumier au Code de 1804 des pouvoirs nettement exagérés au mari. Chemin faisant, nous verrons une fois de plus combien il est regrettable que le législateur de 1938 se soit obstiné à ne pas vouloir toucher à aucun article du titre du contrat de mariage.

Dans un chapitre premier nous étudierons les pouvoirs et la capacité de la femme sous les régimes de communauté et sous le régime sans communauté; dans un chapitre deuxième, ceux de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens, de même que la capacité de la femme séparée de corps; dans un chapitre troisième, les pouvoirs et la capacité de la femme dotale; enfin le chapitre quatrième et dernier sera consacré à l'étude de la capacité de la femme qui exerce une profession séparée et de ses pouvoirs sur les biens réservés, en nous attachant tout particulièrement aux modifications apportées par la loi de 1938 à la loi du 13 juillet 1907.

CHAPITRE PREMIER

Les pouvoirs et la capacité de la femme sous les régimes de communauté

Le législateur de 1938 a consacré le principe de la pleine capacité de la femme mariée. Mais il ne s'est pas préoccupé de lui reconnaître davantage de pouvoirs sur les biens composant la communauté.

Comment distinguer la notion de capacité de celle de pouvoir? La capacité peut être définie comme l'aptitude d'un sujet de droit à faire des actes valables. Un acte est valable lorsqu'il n'est pas possible à l'intéressé de faire valoir son annulation. La dette contractée par une femme mariée sous le régime de la communauté et sous tout autre régime n'est pas annulable depuis 1938, puisque l'article 215 nouveau lui reconnaît la jouissance de son entière capacité civile. Mais si le créancier se trouve dans l'impossibilité d'avoir action sur ses propres, ce n'est pas par suite d'un défaut de capacité, mais simplement parce qu'elle a perdu la jouissance de ses revenus du fait de son contrat de mariage. De même, si nous prenons l'exemple d'une femme mariée (1) qui aurait consenti une hypothèque sur un de ses propres

(1) Nous supposons que cette femme n'est pas mariée sous le régime de la séparation de biens, car nous verrons dans le chapitre deuxième que la femme séparée de biens doit pouvoir hypothéquer ses immeubles.

sans le concours de son mari, cette aliénation est valable, mais si le créancier ne peut faire valoir son droit sur l'immeuble hypothéqué, ce n'est pas parce que la femme est incapable, mais parce qu'elle n'a plus de pouvoirs sur l'immeuble en question.

La distinction entre le pouvoir et la capacité se comprend encore plus aisément si l'on prend l'exemple de M. Voirin (1) qui montre que l'obstacle à l'exercice complet de la capacité de la femme mariée doit être cherché dans un certain arrangement de ses biens dû à son contrat de mariage, lequel, en principe, en a donné l'usufruit au mari. M. Voirin fait remarquer que la situation serait identique s'il s'agissait d'une femme célibataire, veuve ou divorcée, qui aurait disposé de ses biens envers une société ou qui en aurait donné l'usufruit à un tiers, et pourtant personne ne songerait à dire qu'elle est incapable.

Sous les régimes de communauté, c'est le mari qui a tous ou presque tous les pouvoirs. Cette affirmation ne peut pourtant pas être adoptée d'emblée, et n'a que la valeur d'une règle générale. Pour préciser les limites des pouvoirs accordés à la femme, nous distinguerons ses pouvoirs en ce qui concerne les biens communs de ceux qu'elle possède sur ses biens propres. Ce sera l'objet de la première et de la deuxième section. Dans la troisième et dernière section de ce chapitre, nous étudierons la capacité de la femme commune en biens.

(1) *La suppression de l'incapacité de la femme mariée*. Chronique au D. H. 1934, p. 65.

SECTION PREMIÈRE

POUVOIRS RESPECTIFS DU MARI
ET DE LA FEMME SUR LA COMMUNAUTE

C'est le mari, seigneur et maître de la communauté, qui administre seul et qui dispose, le plus souvent, des biens communs (1). Puisque le mari concentre en sa personne la presque totalité des pouvoirs, la femme n'a en principe aucun pouvoir sur la communauté.

Il existe pourtant certains cas où la femme peut exceptionnellement accomplir certains actes sur les biens communs. Elle peut en premier lieu agir avec le consentement ou la participation de son mari, en ce cas ses pouvoirs sont très étendus, puisqu'elle est censée agir en lieu et place du mari; il se peut aussi qu'elle agisse seule et en dehors de la participation du mari; ses pouvoirs sont alors très restreints.

Nous divisons cette section en deux sous-sections, la première devant être consacrée aux actes d'administration, la seconde aux actes de disposition.

SOUS-SECTION PREMIÈRE

ACTES D'ADMINISTRATION

D'après l'article 1421, « le mari administre seul les biens de la communauté ». Il n'y a dans le Code civil aucune disposition permettant à la femme d'administrer les biens communs. Il ne faudrait pourtant pas en

(1) Article 1421 du Code civil.

conclure que cette dernière ne possède jamais de pouvoirs sur eux.

Un certain nombre d'exceptions au principe posé par l'article 1421 ont en effet été apportées par des lois postérieures.

La loi du 20 juillet 1886 est venue donner à la femme la faculté de verser sans autorisation des cotisations aux caisses nationales de retraites pour la vieillesse. C'est en effet une manière indirecte de faire participer la femme à la gestion des biens communs, puisqu'elle n'a pas besoin d'autorisation pour effectuer les versements.

Dans le même sens, on peut citer une loi du 28 décembre 1922, qui, dans certains cas, est venue permettre aux femmes de toucher les arrérages de certaines pensions sans autorisation. Il n'est pas sûr toutefois que ces arrérages dussent nécessairement tomber en communauté. Mais comme dans les régimes de communauté, la femme n'administre pas non plus ses biens propres, à moins d'une stipulation en ce sens dans le contrat de mariage, la loi de 1922 apporte une entorse sérieuse au défaut de pouvoirs édicté par l'article 1421.

La loi du 20 juillet 1895, complétant la loi du 9 avril 1881, permet à toutes les femmes mariées de se faire ouvrir des livrets de caisse d'épargne, d'y déposer et d'en retirer l'argent sans être munies d'aucune autorisation. Sous les régimes de communauté, il y a là un moyen accordé à la femme de participer à l'administration d'une partie des biens communs, puisque le plus souvent il s'agira de biens provenant de la communauté. D'ailleurs, cette loi pose des problèmes fort délicats, puisque le mari peut s'opposer au retrait des fonds.

Mais c'est assurément la loi du 13 juillet 1907 qui a apporté l'exception la plus importante à la règle suivant laquelle c'est le mari qui administre les biens communs. Nous étudierons dans le chapitre quatrième la loi du 13 juillet 1907, ainsi que le caractère des biens réservés.

SOUS-SECTION DEUXIÈME

ACTES DE DISPOSITION

Le mari exerce en principe seul le pouvoir de disposition sur les biens communs (1). L'article 1422 du Code civil nous expose quelles sont les limites de ce pouvoir de disposition. Cet article, en nous montrant où commence à apparaître le rôle joué par la femme dans l'aliénation des biens communs, est ainsi conçu : « Il (le mari) ne peut disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit ».

Dans ces différentes circonstances où le mari ne peut pas agir seul, la femme aura donc à intervenir.

Mais la loi permet à la femme d'engager seule les biens communs dans un certain nombre de cas.

Ainsi, la loi de 1938 a laissé subsister l'article 226, aux

(1) Article 1421 du Code civil.

termes duquel la femme « peut tester sans l'autorisation de son mari ». Le legs ne produisant effet qu'à la dissolution de la communauté n'est en somme pas une exception à la règle posée par l'article 1421. Si les héritiers renoncent à la communauté, le legs ne pourra pas s'exécuter, puisque dans ce cas la femme n'a pas de part de communauté. Il peut arriver, en cas de legs à titre particulier, que la femme ait légué un bien de la communauté qui n'ait pas été mis dans son lot; dans cette hypothèse le legs est nul et sans effet, alors que, dans le cas inverse, s'il s'agissait d'un mari qui avait fait le legs d'un objet qui, par suite du partage, n'aurait pas été mis dans son lot, le légataire aurait eu un recours contre le mari.

L'article 1410 pose que la communauté se trouve engagée par une obligation mobilière de la femme ayant acquis date certaine avant le mariage. Il ne serait pourtant pas exact de prétendre que la femme avait, au moment de contracter, le pouvoir d'engager la communauté, puisque celle-ci n'existait pas encore; mais on explique pourtant cet état de choses en disant que les biens sur lesquels les créanciers ont le droit de poursuite étant confondus avec d'autres biens, le droit de poursuite s'étend désormais aux biens confondus avec le gage.

Lorsque la femme agit avec le mandat de son mari, c'est celui-ci qui est censé agir par l'intermédiaire de sa femme. L'acte de la femme est alors pleinement valable. L'article 1420 pose que « toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari, est à la charge de la communauté, et le créancier n'en peut poursuivre le paye-

ment ni contre la femme, ni sur ses biens personnels ». Lorsque la femme fait un acte déterminé sur les biens communs, dès l'instant où il est fait avec le mandat du mari, c'est ce dernier qui est toujours censé l'avoir fait.

La femme qui a un mandat de son mari est soumise à toutes les obligations d'un mandataire, et elle doit rendre compte du mandat accompli. Cette question donne lieu à bien des difficultés et à des divergences en jurisprudence. Celle-ci semble toutefois admettre que l'obligation de rendre compte est indispensable quelles que soient les circonstances.

« La femme qui a accompli en vertu d'une procuration de son mari des actes de gestion pendant l'absence de celui-ci, est tenue de lui en rendre compte pendant la période où elle a exercé le mandat hors de sa direction et de son contrôle » (1). Quand le mari est présent et se trouve dans la possibilité de manifester sa volonté, la femme est dans ce cas dispensée de rendre compte à la fin de son mandat. Celle-ci est alors censée le faire à chaque instant, et l'on présume que le mandat est exercé sous la surveillance et sous le contrôle du mari.

La principale application faite par la jurisprudence de la théorie du mandat est le pouvoir reconnu à la femme d'engager la communauté pour les dépenses ordinaires du ménage. Le mandat tacite est considéré comme ne dérivant pas seulement de la volonté du mari, mais aussi de la coutume. Le fondement de cette théorie jurisprudentielle doit être cherché dans l'article 214, qui met à la charge du mari le devoir d'entretenir sa femme. Il est curieux de constater que la loi du 18 février 1938

(1) Req., 5 janvier 1931 : D. H. 1931, 49; de même : Req., 2 juin 1924 : D. 1925, 1, 102; Req., 4 mai 1937 : G. P. 1937, 2, 287.

qui a en principe mis les deux conjoints sur un même pied d'égalité ait laissé subsister à la charge du mari le devoir d'entretien édicté par l'article 214 ancien. Mais c'est précisément pour ne pas enlever le fondement légal du mandat tacite que le mari a toujours le devoir d'entretenir sa femme. Les dépenses faites par la femme dans les limites du mandat tacite engagent la communauté et par surcroît le patrimoine du mari (1).

La femme engage encore les biens communs lorsqu'elle agit avec l'autorisation du mari. La loi du 18 février 1938 a cependant supprimé en principe l'autorisation du mari pour relever la femme de son incapacité puisque celle-ci a été abrogée. Mais — et nous avons déjà rencontré la fameuse distinction entre la capacité et le pouvoir — lorsque la femme, bien que capable, n'a pas de pouvoir sur un bien déterminé, il faut que celle-ci soit tout de même autorisée par celui qui en a la jouissance pour que l'acte de la femme soit suivi d'un effet. Ainsi la femme commune en biens n'a en principe pas de pouvoirs sur les biens communs. Mais si le mari lui donne son autorisation, elle peut alors valablement accomplir des actes de disposition ou d'administration. L'autorisation du mari ne relève plus la femme de son incapacité, mais supplée à son défaut de pouvoirs.

Il y a certaines difficultés si l'on cherche à analyser cette autorisation, et à savoir si la communauté doit être considérée comme engagée directement par la femme, le patrimoine du mari ne se trouvant engagé

(1) Nous avons déjà étudié la théorie du mandat domestique dans la première partie.

que par contre-coup, ou bien au contraire si l'autorisation accordée par le mari vaut en tant qu'engagement personnel de sa part. Il semble qu'il faille admettre que l'autorisation du mari doit être considérée comme une intervention personnelle : en autorisant, le mari s'engage lui-même.

La femme peut encore contribuer à engager la communauté lorsqu'elle concourt à un acte du mari. Dans le cas précédent, c'était la femme qui se trouvait être l'auteur principal de l'acte accompli, le mari intervenait sans doute, parce que sans cela l'acte n'aurait eu aucun effet, mais en somme la femme jouait le rôle principal.

Dans l'hypothèse que nous étudions maintenant, nous supposons au contraire que c'est le mari qui a pris l'initiative de l'acte qui va être accompli, la femme ne faisant qu'y concourir.

On pourrait certes se demander pourquoi l'intervention de la femme se trouve ici nécessaire, puisque le mari, seigneur et maître de la communauté, n'a pas en principe, besoin du concours de sa femme pour engager les biens communs et qu'il peut faire seul les actes qui lui plaisent. A ce propos, nous distinguerons deux sortes d'hypothèses : pour un certain nombre d'actes, le concours de la femme sera nécessaire ; s'il n'a pas eu lieu, l'acte du mari sera nul et sans portée ; pour d'autres, au contraire, le concours de la femme sera facultatif ; il est en général exigé par les tiers qui contractent avec le mari pour se réserver des garanties et des sûretés plus fortes, ou bien encore pour amener la femme à renoncer à son hypothèque légale.

La femme doit obligatoirement figurer à l'acte du mari dans deux cas. Premièrement, nous avons déjà vu que les pouvoirs du mari n'étaient pas absolus en ce qui concerne les actes de disposition sur les biens communs. Ainsi le mari ne peut pas disposer seul à titre gratuit des immeubles de la communauté ou d'une quotité importante du mobilier. La femme seule ne peut pas non plus faire ces donations, mais il a été jugé (1) que les deux époux ensemble pouvaient disposer à titre gratuit d'un immeuble de la communauté, ou bien encore d'une quotité importante du mobilier.

La femme doit également intervenir obligatoirement à l'acte du mari lorsque celui-ci veut aliéner tout ou partie d'un bien constitué comme bien de famille ou encore renoncer à la constitution dudit bien en bien de famille (2). Mais il faut remarquer que le mari n'a pas besoin du consentement de sa femme pour gréger le bien en bien de famille, mais une fois qu'il l'a fait, l'aliénation ne peut être valablement faite qu'avec le consentement de cette dernière.

La pratique révèle un certain nombre de circonstances où la femme concourt à des actes du mari, sans pour cela que son intervention soit impérativement exigée par la loi. Il en est ainsi dans l'hypothèse visée par l'article 1431, où la femme s'engage solidairement avec le mari. Elle n'intervient ici que comme caution du mari, car l'acte est présumé accompli uniquement dans l'intérêt de celui-ci (3).

(1) Req., 31 juillet 1867 : D. P. 1868, 1, 209; Cass., 23 juin 1869 : D. 1870, 1, 100; Poitiers, 16 février 1885 : D. P. 1886, 2, 38; Caen, 26 janvier 1888 : D. P. 1888, 2, 299.

(2) Loi du 12 juillet 1909.

(3) Poitiers, 29 janvier 1938 : G. P. 1938, 1, 694.

La femme intervient aussi facultativement, mais en pratique dans tous les cas, lorsque le mari veut aliéner un immeuble de la communauté ou même un immeuble qui lui est propre.

La femme peut aussi engager indirectement la communauté par l'acceptation d'une succession, d'un legs ou d'une donation qui comporte des charges. Il se pose depuis la loi du 18 février 1938, des problèmes assez délicats à résoudre sur le droit de poursuite des créanciers héréditaires ou des créanciers du testateur s'il s'agit d'un legs. Il faut faire la même remarque pour l'hypothèse visée par l'article 1418 du Code civil, lorsque les donations ou les legs comportent la charge de payer certaines dettes.

Il existe deux cas dans lesquels les créanciers de la succession peuvent, outre l'actif successoral, poursuivre la communauté, et par contre-coup les biens du mari. Il en est ainsi premièrement dans l'hypothèse prévue par l'article 1416, alinéa 2, où le mobilier successoral a été confondu avec celui de la communauté sans qu'un inventaire préalable ait été dressé. Il en est de même lorsque la femme a accepté avec le consentement de son mari (1). Mais la loi du 18 février 1938 a abrogé l'alinéa 1^{er} de l'article 776, qui était ainsi conçu : « Les femmes mariées ne peuvent valablement accepter une succession sans l'autorisation de leur mari ou de justice, conformément aux dispositions du chapitre 6 du titre « Du mariage ». Depuis l'abrogation de la première partie de cet article, le caractère de cette autorisation qui demeure, est la condition d'engagement des biens communs.

(1) Article 1416, alinéa 1.

M. Ponelle (1), dans un article intitulé : « Les successions échues à la femme et le droit de poursuite des créanciers depuis la loi du 18 février 1938 », conclut à ce qu'il serait logique que la mention de l'autorisation de justice qui figure encore dans l'alinéa 2 de l'article 1416 fût abrogée. En effet, cette autorisation de justice est aujourd'hui totalement inutile puisque la femme peut désormais accepter une succession sans avoir besoin d'autorisation d'aucune sorte. M. Ponelle fait remarquer que le mari sera tout aussi bien tenu de faire dresser inventaire, car sans cela il commettrait un délit civil. Dans le cas contraire, la communauté se trouverait engagée comme dans le cas prévu à l'article 1424 où « les amendes encourues par le mari pour crime n'emportant pas mort civile, peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, sauf la récompense due à la femme ».

Depuis l'abrogation de l'article 776, alinéa 1^{er}, il faut conclure à l'abrogation tacite des articles 1413 et 1417 qui parlent encore de succession acceptée du consentement du mari ou avec l'autorisation de justice, et qui de ce fait se trouvent en contradiction avec l'abrogation de l'article 776, alinéa 1^{er}.

Dans un certain nombre de cas, la femme peut agir seule et sans l'intervention du mari. On distingue trois sortes d'hypothèses où la femme peut engager la communauté seule et sans le concours du mari. Premièrement, le mari peut être dans l'impossibilité d'agir ou d'exprimer sa volonté. Nous avons déjà rencontré les autres cas : lois de prévoyance sociale (loi du 9 avril 1881, du 20 juillet 1895, du 1^{er} avril 1898). Nous avons

(1) Gaz. Pal. 30 juin 1938.

aussi étudié la faculté qu'a la femme de tester sans l'intervention maritale (article 226 du Code civil).

Lorsque le mari est dans l'impossibilité d'agir, ce n'est pas la femme qui devient chef de la communauté à sa place. Pour qu'il en soit ainsi, un certain nombre de conditions doivent être remplies : lorsque le mari devenu fou est frappé d'interdiction, la femme peut être nommée tutrice ; dans ce cas, ce sera à elle qu'incombera le soin de gérer la communauté, mais elle devra observer les règles de la tutelle. Elle peut également être nommée administratrice provisoire si le mari est interné sans être interdit. Lorsque le mari est absent et que l'absence a été déclarée, l'article 124 du Code civil donne à la femme le choix d'opter pour la continuation ou la dissolution de la communauté. Au cas où elle se serait décidée pour la prolongation de la communauté, elle aurait alors le pouvoir d'un administrateur provisoire.

L'article 1427 donne à la femme le pouvoir d'engager la communauté avec l'autorisation de justice dans deux circonstances déterminées. Cet article est ainsi conçu : « La femme ne peut s'obliger, même pour tirer son mari de prison, ou pour l'établissement de ses enfants, en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été autorisée par justice ». Malgré que la loi du 18 février 1938 ait abrogé en principe l'institution de l'autorisation de justice, il faut ici considérer l'article 1427 comme toujours en vigueur, car l'autorisation de justice n'a pas dans cette hypothèse pour effet de relever la femme de son incapacité, mais tient au contraire à des règles concernant le régime matrimonial, règles suivant lesquelles

la femme ne peut engager la communauté de son propre chef.

L'article 1426 du Code civil, et l'article 5 du Code de Commerce permettent à la femme d'engager la communauté lorsqu'elle est commerçante. Nous avons déjà vu dans la première partie que l'article 4 du Code de Commerce devrait être en principe considéré comme abrogé par la loi de 1938, mais que la femme pouvait quand même engager la communauté ou les biens du mari, lorsqu'elle y avait été autorisée, même tacitement. L'autorisation de justice ne suffit pas en effet à la femme pour engager les biens communs.

Nous nous sommes longuement étendus sur la question des pouvoirs de la femme sur les biens communs, bien que la loi du 18 février 1938 n'y ait en principe rien changé; nous y avons pourtant insisté pour que cette étude soit complète et ne se borne pas seulement à l'étude des pouvoirs de la femme sur ses biens propres, question sur laquelle la loi du 18 février 1938 a eu une grande influence. Avant d'aborder cette étude, il reste encore un mot à dire au sujet du droit des créanciers de la femme sur la communauté relativement aux clauses modifiant le droit commun par contrat de mariage.

Les différentes clauses ou modifications susceptibles d'être apportées au régime légal ont une influence sur le passif commun, mais il ne s'agit en l'occurrence que du passif définitif, et les créanciers de la femme n'ont pas à s'en préoccuper. Même la clause d'apport franc et quitte est sans influence sur le droit de poursuite des créanciers. Il n'y aurait guère que la clause de séparation de dettes qui serait opposable à ces derniers, et

cela même si un inventaire n'avait pas été dressé (1); toutefois, le mari doit apporter la preuve de la consistance de ces apports. S'il est dans l'impossibilité de le faire, les créanciers ont alors le droit de poursuite sur tous les biens communs. Le pouvoir donné à la femme d'engager la communauté est toujours le même : la femme lorsqu'elle a pouvoir de le faire engage tous les biens communs et même le patrimoine du mari (2).

SECTION DEUXIÈME

LES POUVOIRS DE LA FEMME SUR SES BIENS PROPRES

Avant la loi de 1938, il y avait deux obstacles à l'exercice des pouvoirs de la femme sur ses biens propres. Le premier d'entre eux a disparu depuis 1938, puisque désormais la femme n'est plus incapable. Mais l'acte accompli par la femme, même s'il est valable, ne peut pas nuire aux droits que le mari possède sur le patrimoine personnel de la femme.

Il s'en suit que la femme, puisqu'elle est capable, peut accomplir valablement des actes sur son patrimoine personnel sans être munie de l'autorisation de son mari. Mais puisque la loi du 18 février 1938 n'a pas touché

(1) Article 1510 du Code civil modifié par la loi du 29 avril 1924.

(2) Article 1419 du Code civil.

aux régimes matrimoniaux, il faudra que la femme respecte la jouissance que la communauté exerce sur ses biens propres. On peut donc dire que la femme se trouve dans la situation d'un nu propriétaire qui doit respecter l'usufruit appartenant à un tiers.

SOUS-SECTION PREMIÈRE

ACTES D'ADMINISTRATION

L'article 1428 du Code civil dispose que « le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme ». L'article 1530 porte dans le même sens que « la clause suivant laquelle les époux se marient sans communauté ne donne point à la femme le droit d'administrer ses biens, ni d'en percevoir les fruits ».

Si la femme a théoriquement capacité de faire les actes d'administration, elle n'a pourtant pas le pouvoir de les faire, puisque le mari est usufruitier et administrateur. Si l'administration du mari est mauvaise, la seule ressource que la femme ait à sa disposition est de demander la séparation de biens.

La disposition édictée par l'article 1428 peut heureusement être écartée puisque rien n'empêche un mari de donner à sa femme mandat de faire en son nom les actes d'administration. Il est possible aussi de donner par contrat de mariage à la femme la possibilité d'administrer ses propres. Il est en effet reconnu que l'article 1388 qui interdit aux époux de « déroger aux droits... qui appartiennent au mari comme chef », n'empêche pas de réserver à la femme l'administration de

ses biens. Sous le régime de la séparation de biens, la femme possède en effet le droit d'administrer ses propres. En conséquence, il ne serait pas logique que l'on ne pût pas combiner entre eux les différents régimes.

La pratique révèle des cas qui dérogent à la règle posée par l'article 1428. Par exemple la signature de la femme est généralement exigée par les agents de change, quand le mari veut convertir des titres nominatifs en titres au porteur. La jurisprudence et la doctrine sont incertaines sur les conditions et même sur la nature de cette opération. Il appert toutefois qu'il s'agit plutôt là d'un acte d'administration.

L'hypothèse prévue par l'article 1429 quant à l'opposabilité des baux faits par le mari seul sur les biens de sa femme révèle une situation identique. Ainsi, pour que les baux consentis par le mari pour un temps qui excède neuf ans « soient opposables à la femme lors de la dissolution de la communauté, il suffit qu'elle ait signé avec son mari ».

SOUS-SECTION DEUXIÈME

ACTES DE DISPOSITION

C'est la femme seule qui peut consentir les actes de disposition sur ses biens propres. En effet, l'article 1428, alinéa 3, porte que le mari ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. Le mari n'a que la jouissance et par conséquent il ne peut accomplir des actes de disposition que sur l'usufruit.

Avant 1938, pour qu'un propre de la femme pût être valablement aliéné, celle-ci devait être munie soit de l'autorisation de son mari, soit de l'autorisation de justice. La situation n'est plus la même maintenant : la femme étant désormais capable peut disposer de ses biens propres sans autorisation.

Ceci étant posé, remarquons que cette affirmation n'a pas été admise sans difficultés. En effet, les auteurs qui concluent au maintien en droit positif de l'article 1449, qui définit la capacité de la femme séparée de biens, sont assez embarrassés pour adopter le principe que nous avons mis en tête de cette sous-section, bien qu'ils y arrivent pourtant. L'article 1449 pose que la femme séparée de biens « ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus ». Or, aucun texte de cette nature n'existe pour la femme commune en biens. Puisque celle-ci est entièrement capable depuis la loi de 1938, c'est elle qui doit faire les actes de disposition sur ses biens propres, et c'est elle seule qui pourra valablement le faire. On a donc fait remarquer qu'il était peu logique d'admettre que la femme commune en biens ait plus de pouvoirs que la femme séparée de biens, si l'on conclut au maintien de l'article 1449 (1). Si en effet on reconnaît à la femme commune en biens le pouvoir d'aliéner ses immeubles sans autorisation, celle-ci a une plus grande capacité que la femme séparée de biens.

Les auteurs qui admettent que l'article 1449 a été maintenu par le législateur de 1938, une fois ce prin-

(1) La question de savoir s'il faut considérer l'article 1449 comme toujours en vigueur ou non sera étudiée dans le chapitre suivant qui traitera des pouvoirs et de la capacité de la femme séparée de biens.

cipe admis, sont quand même dans l'exactitude si l'on s'attache uniquement aux textes en présence. Il faut en effet interpréter restrictivement le principe suivant lequel la femme séparée de biens ne peut aliéner librement ses immeubles et ne pas l'étendre à la femme commune en biens.

Ce sont là des discussions surtout théoriques, car en pratique l'incohérence du système disparaît, puisque, si la femme commune en biens a bien la capacité d'aliéner ses propres, elle ne peut le faire en pleine propriété, car elle doit respecter l'usufruit du mari : l'acte d'aliénation ne pourra s'exécuter que sur la nue propriété. Donc, pour aliéner la pleine propriété, la femme doit être munie de l'autorisation de son mari (1), qu'il s'agisse d'une femme séparée de biens ou d'une femme commune en biens.

En pratique, puisque la jurisprudence admet le maintien de l'article 1449, la femme commune en biens aura davantage de difficultés à aliéner ses immeubles que la femme séparée de biens, car celle-ci aura toujours la faculté de requérir l'autorisation de la justice.

Quoi qu'il en soit, la possibilité qu'a la femme commune en biens d'aliéner la nue propriété de ses immeubles sans avoir à être munie du consentement de son mari peut présenter certains dangers pour celui-ci. Ainsi, il peut ne pas lui être indifférent d'avoir pour nu propriétaire son épouse ou un tiers. En effet, l'usufruit reconnu au mari lui a été accordé dans le but de subvenir aux charges du ménage. Or, puisque les deux époux ont en principe des intérêts identiques dans la

(1) Ou de l'autorisation de justice s'il s'agit d'une femme séparée de biens.

vie et dans la destinée du ménage, il paraît probable que les difficultés qui ne manquent en général jamais de s'élever entre nu propriétaire et usufruitier soient moins âpres entre époux qu'entre le mari et un tiers. De même, l'usufruit de la communauté est soumis à des règles particulières, en application du principe suivant lequel un époux ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'autre. Ainsi pour les coupes de bois qui n'ont pas été faites durant la jouissance de la communauté, alors que l'ordre normal des coupes à faire l'aurait permis, une indemnité peut être exigée de la part de la femme, mais rien ne serait dû au cas où la nue propriété aurait été aliénée. La question est identique lorsqu'il s'agit de récoltes sur pied relativement aux frais d'ensemencement.

Remarquons que tous ces inconvénients doivent rarement se produire, vu que les cas où des indemnités sont dues pour des coupes de bois qui auraient dû normalement être faites pendant la jouissance de la communauté, mais qui ne l'ont pas été, sont rares. Il n'y aurait guère que le cas de récoltes sur pied qui aurait davantage de chances de se produire. Mais il sera certainement rare que la femme soit tentée d'aliéner la nue propriété de ses immeubles, vu qu'elle aurait de grosses difficultés à trouver acquéreur. Il faut toutefois remarquer que la nue propriété pourrait se trouver engagée par des obligations de celle-ci. Nous étudierons plus loin cette question.

Sous le régime sans communauté, l'article 1535, alinéa 2, dispose que les immeubles de la femme ne peuvent être aliénés sans le consentement du mari, et à son refus sans l'autorisation de justice. Que faut-il décider

pour cet article? Doit-il être considéré comme toujours en vigueur, conformément aux dispositions portées à l'alinéa 2 de l'article 215 nouveau? Ou bien au contraire, puisqu'il n'y a pas de différence entre la jouissance exercée par le mari sous le régime de la communauté sur les biens de la femme et celle qu'il exerce sous le régime sans communauté, faut-il décider qu'il serait absurde de faire sur ce point une distinction entre la femme commune en biens et la femme non commune, et que par analogie avec les conclusions que nous venons de tirer pour la femme commune, l'article 1535, alinéa 2, doit être considéré comme tacitement abrogé?

Il semble toutefois qu'il faille admettre que la disposition prévue par l'article 1535, alinéa 2, doive être considérée comme maintenue, puisque nous verrons plus loin que les articles 1449, 1538 et 1576, qui édictent les mêmes formalités pour la vente des immeubles de la femme séparée de biens et de la femme dotale relativement à ses biens paraphernaux, doivent eux être maintenus.

Lorsqu'il s'agit d'un propre imparfait, la femme ne jouit plus alors de pouvoirs d'aliénation, puisque d'après les règles du quasi-usufruit, le quasi-usufruitier est simplement tenu de rendre à la fin du quasi-usufruit des objets de même quantité, de même espèce et de même valeur.

L'article 1428, alinéa 2, dispose que le mari « peut exercer seul toutes les actions immobilières et possessoires qui appartiennent à sa femme ». Puisque cet article a été maintenu intact par la loi de 1938, il ne reste pour la femme que les actions immobilières pétitoires. Avant 1938, celle-ci ne pouvait les intentar que

munie de l'autorisation maritale ou, à son défaut, de l'autorisation de justice. Actuellement, elle doit pouvoir exercer ces actions librement puisqu'elle seule a le pouvoir de le faire et qu'elle n'a plus besoin, au point de vue de sa capacité, d'autorisation pour plaider. C'est donc à la femme qu'il appartiendra de revendiquer la propriété usurpée par un tiers, ou encore de défendre à un procès intenté par un tiers et qui revendique sa propriété.

La jurisprudence apporte même des exceptions à la règle posée par l'article 1428, alinéa 2, en admettant que la femme a seule qualité pour intenter certaines actions mobilières exclusivement attachées à la personne, et elle décide également qu'en cas d'inaction du mari et de négligence de sa part, la femme peut, dans ce cas, les intenter elle-même. Il en était déjà ainsi avant 1938, mais elle devait alors être munie de l'autorisation de justice. Il est évident que maintenant cette formalité ne doit plus être requise.

Depuis 1938, la jurisprudence (1) admet aussi pour la femme la possibilité de transiger avec l'adversaire sans que l'autorisation du mari soit requise. Cette solution est normale depuis que l'article 217 a été abrogé : la femme mariée doit être libre de transiger en vertu de sa capacité générale, mais le résultat n'est pas opposable au mari, à cause de la règle de l'autorité de la chose jugée. Si, en effet, un tiers a commis l'imprudence d'intenter un procès à une femme mariée sans mettre en cause le mari, et que le tribunal donne gain de cause au tiers, le mari pourra quand même garder la jouissance du bien litigieux.

(1) Trib. Seine, 2 juin 1938 : G. P. 1938, 2, 432.

Si c'est l'inverse qui se produit et que ce soit la femme qui intente avec succès une action en revendication contre un tiers, une difficulté se présente, puisque nous avons supposé par hypothèse que le mari ne voulait pas figurer au procès. Il ne semble en effet pas possible que l'on puisse imposer au mari l'usufruit de ce bien, et d'autre part la femme n'a pas les pouvoirs d'administration puisque ceux-ci appartiennent au chef de communauté. La seule solution possible est de demander au tribunal la nomination d'un séquestre qui administrera le bien litigieux au nom de la femme.

Les obligations régulièrement contractées par la femme grèvent la nue propriété de ses propres. Ceux-ci ne se trouvent pourtant pas engagés lorsque la femme n'a contracté que comme mandataire de son mari, à moins qu'elle n'ait manifesté clairement son intention d'engager ses biens personnels.

D'après l'article 2092 du Code civil qui pose le principe que « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir », il s'en suit que, lorsque la femme n'agit pas en tant que mandataire, et cela même si les biens communs et ceux du mari se trouvent aussi engagés, elle engage aussi la nue propriété de ses propres.

La doctrine n'est pas unanime sur ce principe. M. Besnard (1), par exemple, ne reconnaît pas à la femme commune en biens le droit d'aliéner seule la nue propriété de ses propres. Il s'en suit qu'à son avis, les créanciers de la femme qui a contracté seule n'auraient même pas action sur cette nue propriété. M. Besnard

(1) *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 15 avril 1938, p. 245.

estime que le droit reconnu au mari par le Code civil d'administrer les biens de sa femme lui donne sur ceux-ci une emprise plus importante que celle d'un usufruitier ordinaire. Cette opinion, très originale mais pourtant bien conforme aux tendances du notariat qui est systématiquement hostile à toute réforme féministe, aurait été aussi dans la ligne du Code civil, mais n'est certes plus conforme à l'esprit de la loi de 1938, bien que celle-ci n'ait expressément modifié aucun texte du titre cinquième du Code civil.

La femme engage encore la nue propriété de ses biens lorsqu'elle accepte une succession sans autorisation, ce qu'elle peut faire depuis que la première partie de l'article 776 a été abrogée. Il n'en serait autrement que si elle avait accepté sous bénéfice d'inventaire.

En somme, la loi de 1938 a eu une bien faible influence sur les pouvoirs de la femme commune en biens. Cette conclusion ne doit pas nous surprendre, puisque le législateur n'a pas touché aux textes relatifs aux régimes matrimoniaux et qu'il a fait pour ceux-ci une réserve spéciale dans l'article 215 nouveau. Si la femme jouit en principe d'une capacité théorique, elle n'a pourtant guère de pouvoirs à exercer.

SECTION TROISIÈME

LA CAPACITE DE LA FEMME SOUS LES REGIMES DE COMMUNAUTE

La loi n'a pas prévu de limitations à la capacité de la femme commune en biens, mais comme rien n'a été mo-

diffié lors de la réforme de 1938 au titre « Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux », il s'en suit qu'il y a de nombreuses restrictions à l'exercice de sa capacité du fait que le mari concentre en sa personne la presque totalité des pouvoirs. Comme nous l'avons vu précédemment (1) la question présente un intérêt au point de vue des sanctions.

Nous diviserons cette section en deux sous-sections : la première sera consacrée à l'étude des actes judiciaires, la deuxième à celle des actes extra-judiciaires.

SOUS-SECTION PREMIÈRE

ACTES JUDICIAIRES

L'article 215 ancien interdisait à la femme mariée d'ester en justice sans l'autorisation de son mari, « quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens ». Il y avait à ce principe un certain nombre d'exceptions, comme nous l'avons vu dans la deuxième partie, notamment celle qui était prévue par la loi du 13 juillet 1907, lorsqu'il s'agissait des biens dits réservés.

L'exercice d'une action en justice avait été considéré par les rédacteurs du Code civil comme un acte plus grave qu'un acte d'administration, puisque la femme séparée de biens et la femme dotale sur ses biens paraphernaux pouvaient faire valablement des actes de disposition ou tout au moins des actes d'administration, alors que les articles 215 ancien et 1576 les empêchaient

(1) Cf. chap. 2, II^e partie.

d'ester en jugement relativement aux biens sur lesquels elles avaient les pouvoirs de disposition ou d'administration.

Actuellement, la femme commune en biens peut librement comparaître en justice (1). Mais si elle est non autorisée, le jugement ne sera exécutable que sur la nue propriété de ses propres. La décision intervenue ne pourra en rien modifier l'usufruit que le mari a sur lesdits biens. Si l'on veut que le jugement soit opposable à celui-ci, il faut le mettre en cause; la condamnation dont la femme pourrait être l'objet s'inscrit alors avec les autres dettes de la communauté.

Puisque l'article 215 ancien a été abrogé, la femme peut aussi désormais compromettre librement. Mais il n'est pas douteux que la sentence rendue, pas plus qu'un jugement ordinaire, ne pourra avoir effet que sur la nue propriété de ses biens.

SOUS-SECTION DEUXIÈME

ACTES EXTRA-JUDICIAIRES

Les actes d'aliénation étaient interdits à la femme mariée commune en biens avant la réforme de 1938. Elle n'a désormais plus besoin d'être autorisée pour disposer de la nue propriété de ses propres. En doctrine, la seule opinion qui ne soit pas en concordance avec le nouveau principe que nous venons d'énoncer est celle de M. Besnard dont nous avons déjà signalé la

(1) Cf. toutefois : Alençon, 31 décembre 1940 : G. P. 1941, 1, 158.

teneur précédemment, et qui ne reconnaît pas à la femme commune en biens la possibilité d'aliéner seule la nue propriété de ses biens propres.

Depuis 1938, la transaction est également permise à la femme mariée. L'abrogation de l'article 217 ne laisse aucun doute à ce sujet. La jurisprudence lui a d'ailleurs formellement reconnu cette possibilité par un jugement du Tribunal civil de la Seine en date du 2 juin 1938 (1). Il s'agissait d'une demande d'autorisation formée par une femme mariée sous la communauté réduite aux acquêts à la suite du refus opposé par son mari de l'autoriser, pour valider une transaction qui avait été signée entre elle et une compagnie d'assurance. Dans ses attendus, le tribunal, après avoir constaté que sous la législation antérieure la femme était incapable de transiger à cause du principe général d'incapacité, déclare qu'aux termes de l'article 215 nouveau la femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile et que par suite la transaction n'est pas pour elle un acte interdit.

La femme commune en biens est désormais libre d'emprunter. Mais naturellement les créanciers ne pourront avoir pour gage que la nue propriété de ses biens propres. Il arrivera souvent que le prêteur voudra remettre au mari l'argent prêté. Mais celui-ci, s'il ne veut pas faire croire à un consentement tacite, aura la possibilité de refuser les deniers qu'il faudra alors déposer à la Caisse des dépôts et consignations. En effet, si le mari acceptait la somme, il se trouverait par là même tenu envers le prêteur non seulement par l'action *de in rem verso*, mais encore par son consentement tacite.

La femme commune en biens peut aussi, depuis la

(1) G. T. 19 juin 1938.

promulgation de la loi de 1938, se porter caution. Comme dans le cas précédent où il s'agissait de l'emprunt, les créanciers n'ont action que sur la nue propriété de ses propres.

La loi de 1938 n'a rien changé à la question du maniement des fonds. A moins qu'il ne s'agisse de ses biens réservés sur lesquels elle a les pouvoirs d'administration et ceux de disposition, la femme ne peut valablement donner quittance pour un paiement reçu. M. Chauveau (1) estime que la femme ne pourrait même pas, dans l'état actuel de la législation, recevoir le paiement d'une créance commune ou propre, car lorsqu'il s'agit d'une chose fongible, l'usufruit, comme nous l'avons déjà vu, se transforme en quasi-usufruit, et le quasi-usufruitier est seulement tenu de rendre des objets de même nature, de même quantité et de même valeur. Quoiqu'il en soit, l'action *de in rem verso* serait dans ce cas toujours possible contre la femme si elle s'était enrichie, la poursuite ne devant, bien entendu, n'avoir lieu que sur la nue propriété et contre la communauté ou le mari, si ceux-ci en ont profité.

A la question du maniement des fonds, on peut rattacher celle des opérations de banque. Les femmes qui gèrent elles-mêmes leur patrimoine sont naturellement appelées à se mettre en rapport avec différents établissements et notamment avec les banques. Mais la femme qui se trouve mariée sans contrat n'a pas le droit d'administrer ses propres. Elle a certes la capacité d'en disposer, théoriquement du moins, mais seule la nue propriété peut être valablement aliénée. Si donc une femme commune en biens veut se faire ouvrir un

(1) CHAUVÉAU, *op. cit.*, p. 56.

compte, il arrivera presque toujours que la banque refusera si elle ne produit pas une autorisation de son mari, ou ne montre pas un contrat de mariage établissant qu'elle s'est réservée par contrat l'administration de ses propres. Théoriquement, sans doute, la femme est bien capable de passer avec le banquier le contrat d'ouverture du compte; aussi, il peut arriver que celui-ci accepte à la rigueur le dépôt des sommes, mais jamais il ne permettra qu'elle les retire. La loi du 13 juillet 1907, que nous étudierons plus loin, avait supprimé pour les femmes mariées qui exercent une profession séparée la nécessité d'une autorisation maritale pour les diverses opérations bancaires lorsqu'il s'agissait d'opérations faites sur les produits de leur travail. Nous verrons que les banques, et plus généralement les praticiens, n'avaient tenu aucun compte de cette nouvelle législation.

Au point de vue pratique, il n'est certes pas étonnant que les banques refusent de traiter avec un client qui ne peut valablement donner quittance, et qui de ce fait ne peut retirer les sommes qui ont été versées. Si, en effet, la banque permettait à la femme de retirer les fonds acceptés en dépôt, elle en serait comptable vis-à-vis du mari, car, d'après le contrat de mariage, celui-ci peut seul donner valablement quittance.

De plus, on comprend que les banques hésitent à contracter avec un client qui n'a pour garantir sa solvabilité que la nue propriété de ses propres. Or, par surcroît, bien qu'il ne devrait pourtant pas avoir de doutes à ce sujet, la question est controversée en doctrine, et nous avons déjà vu plus haut que M. Besnard était d'avis de refuser à la femme commune en biens la possi-

bilité d'aliéner la nue propriété si elle n'était pas munie de l'autorisation de son mari. Et même, en supposant que celle-ci puisse bien disposer de cette nue propriété — en fait il ne doit y avoir aucun doute sur ce point —, il faudrait encore qu'elle puisse trouver un acquéreur qui soit disposé à contracter avec elle; et en pratique il est peu probable que quelqu'un veuille bien se rendre acquéreur de cette nue propriété. Ou bien au contraire, la femme risque, si jamais elle avait eu la chance de trouver un acquéreur, de se trouver en présence de spéculateurs qui n'offriront qu'un prix fort désavantageux pour elle, puisqu'ils sauront qu'elle est dépourvue de l'appui de son mari (1).

M. Renoult (2), lors des travaux préparatoires de la loi de 1938, avait affirmé que désormais la présence de valeurs mobilières dans les mains de la femme ferait présumer qu'elle en est propriétaire et qu'elle peut valablement en disposer. Mais M. Esmein (3) a contesté cette opinion en prétendant qu'il y avait là une contradiction avec la présomption de communauté qui résulte des articles 1402 et 1499 du Code civil, aux termes desquels tout immeuble est présumé acquêt, à moins que la preuve contraire ne soit faite. L'article 1499, modifié par la loi du 29 avril 1924, est ainsi conçu : « Le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis est réputé acquêt, sauf preuve contraire, établie suivant le droit commun à l'égard des tiers. Entre époux, la preuve est réglée par les articles 1502 et 1504 ».

La femme commune en biens ne peut vendre que la

(1) En ce sens : CHAUVÉAU, *op. cit.*, p. 54.

(2) *J. O.*, Déb. parl. Sénat, 1937, p. 347.

(3) *Sem. Jur.*, 20 mars 1938, n° 23, p. 55.

nue propriété de ses meubles, mais l'article 2279 peut ici recevoir application, au cas où la femme n'aurait pas respecté cette règle. La question paraît donc assez délicate, car on peut se demander s'il faut faire jouer les articles 1402 et 1499 pour empêcher la femme d'aliéner une valeur propre, ou bien au contraire s'il faut faire jouer pleinement l'article 2279 et écarter les articles 1402 et 1499. Il semble que l'article 2279 doive s'appliquer, car les tiers n'ont pas à se prévaloir des clauses qui peuvent avoir été passées entre les époux, et s'ils sont de bonne foi, ils doivent être protégés contre l'action en revendication du mari au cas où le bien aliéné serait un bien commun, ou encore contre l'action possessoire d'usufruit s'il s'agit d'un propre de la femme. Il semble donc que l'article 2279 doive avoir une grosse importance; mais en réalité, il n'en est rien, tout au moins lorsqu'il s'agit de ventes où l'usage commande de vérifier l'identité du vendeur. Par exemple, lorsqu'une femme aura aliéné un meuble corporel, soit un meuble commun, soit encore un meuble propre, le tiers se trouvera protégé par l'article 2279, car il n'est pas d'usage dans ce genre de ventes de vérifier l'identité du vendeur. Mais lorsqu'on va vendre une valeur mobilière chez un agent de change ou dans une banque, il est d'usage de vérifier l'identité du vendeur, ce qui, puisque par hypothèse nous avons supposé qu'il s'agissait d'une femme commune en biens, fera aussitôt apparaître sa qualité. Dans ce cas, le tiers ne pourra plus invoquer sa bonne foi.

Dans l'exposé des motifs, M. Renoult (1) avait affirmé que la femme pourrait recevoir le paiement d'une

(1) *J. O.*, D. P. Sénat, 1937, p. 347.

créance propre, aliéner des valeurs mobilières, se faire ouvrir un compte en banque. De plus, il affirmait que, puisque la présence de valeurs mobilières entre ses mains ferait présumer qu'elle a pouvoir d'en disposer, les officiers ministériels qui refuseraient de traiter avec elle engageraient leur responsabilité professionnelle. Nous n'avons pas eu connaissance que depuis la promulgation de la loi nouvelle des poursuites eussent jamais été faites dans de telles conditions contre des officiers ministériels, et pourtant ces derniers continuent suivant l'usage de leur profession à vérifier l'identité des personnes avec lesquelles ils contractent, et s'il s'agit d'une femme mariée qui ne peut justifier qu'elle a qualité pour vendre les valeurs dont elle sollicite l'aliénation, les agents de change ou les notaires refusent régulièrement de participer à l'opération.

En Allemagne et dans les pays anglo-saxons, pour éviter que le mari doive continuellement donner son autorisation, on utilise le système du compte-joint. Il s'agit en somme d'une autorisation générale concernant nombre d'opérations, les aliénations comprises, mais le mari a toujours la possibilité de retirer son autorisation, à condition d'avertir la banque.

La location de coffres-forts doit aujourd'hui être permise à la femme commune en biens, comme à toute femme mariée, sans autorisation, puisqu'elle jouit de sa pleine capacité civile. Il n'en était pas ainsi avant la loi du 18 février 1938. Mais les opérations sur titres lui restent interdites, à moins qu'elle n'arrive à justifier de leur origine, mais cela implique déjà que la femme n'est pas mariée sous le régime de la communauté ou du moins que les titres ont été exclus de la communauté.

De tout ce que nous venons de voir, nous pouvons déduire que le régime de communauté, tel qu'il est pratiqué, ne se trouve plus en harmonie avec les idées nouvelles, la loi de 1938 en particulier, et, ce qui est plus grave, avec les mœurs.

L'idée de puissance maritale qui existait dans la législation antérieure pouvait à la rigueur expliquer les pouvoirs exorbitants que possédait le mari sous le régime de la communauté légale. De plus, la composition des fortunes ne se présente plus comme lors de la confection du Code civil. L'accroissement en valeur des fortunes mobilières peut aboutir aujourd'hui, en certains cas, à la ruine d'un des époux par l'autre.

Les pouvoirs du mari ne sont certes pas sans limites, comme nous l'avons vu au cours de ce chapitre; mais il n'en reste pas moins que les garanties reconnues à la femme sont insuffisantes pour empêcher que le mari ne soit en mesure de ruiner sa femme. Il peut arriver aussi, au contraire, que sous le régime de la communauté la femme puisse sauvegarder injustement ses droits lorsqu'elle exerce une profession séparée.

Tous ces désavantages évidents du régime de la communauté avaient incité le Gouvernement à déposer, en 1932, un projet de réforme des régimes matrimoniaux qui devait avoir pour but de donner plein effet à la réforme de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme mariée.

Le projet Renoult prévoyait que le régime de communauté ne serait pas conservé comme régime de droit commun : il ne pouvait plus être adopté que conventionnellement, et encore avait-il été profondément modifié.

Comme régime légal, le projet de loi prévoyait l'adop-

tion du régime de la participation aux acquêts qui avait été emprunté à la législation des pays nordiques, en particulier à la loi suédoise. C'est en réalité le régime matrimonial qui convient le mieux à la conception moderne des effets du mariage sur les biens des époux. Le régime de la participation aux acquêts concilie en effet admirablement les avantages des régimes de séparation et de communauté de biens. Pendant la durée du mariage, les époux auront chacun sur leurs biens propres les pleins pouvoirs : ils vivront donc comme s'ils étaient séparés de biens. Ce n'est qu'à la dissolution que l'idée de communauté prévaudra puisqu'il était prévu qu'il y aurait un partage des acquêts.

Il est fort regrettable que la deuxième partie du projet Renoult n'ait finalement pas été adoptée. C'est surtout grâce à l'influence du notariat que le projet de réforme des régimes matrimoniaux a dû son échec. On a prétendu en effet que la liquidation des récompenses serait en fait très compliquée ; il y aurait aussi quelques difficultés pour la détermination du passif qui doit rester à la charge de la masse partageable. Mais il semble que ces observations ne soient pas décisives, puisque dans les pays scandinaves le régime de la participation aux acquêts fonctionne normalement, et il a toujours donné d'heureux résultats. Il faut souhaiter que le législateur se décide finalement à l'adopter comme régime de droit commun. On pourrait tout au moins le permettre comme régime conventionnel.

CHAPITRE DEUXIEME

Pouvoirs et capacité de la femme sous le régime de la séparation de biens

L'idée générale du régime de la séparation de biens est que chacun des époux y conserve « l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la jouissance libre de ses revenus » (1).

Quoiqu'en principe les deux patrimoines soient totalement indépendants l'un de l'autre, il ne faut pourtant pas oublier qu'il y a ménage et vie commune. Comme dans l'idée du législateur de 1804, ce n'était qu'à titre exceptionnel que la femme pouvait avoir l'administration de ses propres et dans aucun cas le pouvoir de disposition, il en était résulté qu'elle ne pouvait aliéner seule la propriété de ses propres (2). C'est ce que décident toujours les articles 1538 pour la femme séparée par contrat et 1449 pour la femme séparée judiciairement relativement à leurs immeubles (3). Puisque le législateur n'a en 1938 retouché aucun des textes des contrats de mariage, on pourrait déduire de ce fait *a*

(1) Article 1536 du Code civil.

(2) La jurisprudence avait en effet décidé que la femme ne pouvait disposer seule de ses biens meubles.

(3) Les règles tenant au régime sont en principe les mêmes, que la femme soit séparée judiciairement ou par contrat. Pourtant la contribution de la femme aux charges du ménage n'est pas identique dans les deux cas; de plus, la séparation de biens judiciaire peut ne pas être définitive.

priori que la capacité et les pouvoirs de la femme séparée de biens sont demeurés les mêmes qu'auparavant. Il ne faudrait pas oublier toutefois que les textes généraux sur l'incapacité de la femme mariée ont disparu du Code, en particulier, pour le sujet qui nous intéresse, les articles 215 et 217.

Nous allons nous demander maintenant quelles sont les modifications que la loi du 18 février a apportées à la capacité de la femme séparée de biens.

Puisque chaque époux conserve, sous le régime de la séparation de biens, la totalité des pouvoirs, il s'ensuit que les restrictions que subit la femme sont des limitations à sa capacité (1). La question de la capacité de la femme a donc ici une importance primordiale, alors qu'au contraire l'on peut dire sans crainte de dénaturer les faits que sous la communauté de biens elle est plutôt secondaire puisque le mari a entre ses mains la presque totalité des pouvoirs.

Avant 1938, il y avait de nombreuses divergences non pas seulement en doctrine mais aussi en jurisprudence relativement aux actes permis à la femme séparée de biens, vu que les textes du Code civil n'étaient pas tous nettement rédigés et d'une clarté ne laissant place à aucune discussion.

Dans l'ancien droit, le régime de la séparation de biens ne laissait aucune emprise au mari, et la femme avait non seulement l'administration, mais encore la libre disposition de ses biens. La liberté de la femme séparée n'a été entravée qu'à la fin de l'ancien droit, et le législateur de 1804 n'a fait en somme que reproduire

(1) Nous avons déjà vu dans la deuxième partie quel était l'intérêt de la question.

dans le Code civil les dispositions des coutumes qui lui interdisaient d'aliéner seule la propriété de ses immeubles. La jurisprudence, comme nous le verrons plus loin, avait considérablement aggravé la situation de la femme en lui interdisant d'aliéner ses meubles sans autorisation, et cela malgré les termes formels de l'article 1449 et l'argument *a contrario* tiré de l'article 1538. Puisque l'aliénation de ceux-ci n'était permise que si elle était faite dans le cadre des actes d'administration, la situation de la femme séparée de biens pouvait être comparée à celle du mineur émancipé. En effet, celui-ci a la capacité d'administrer, mais non celle de disposer de ses biens. Pourtant les auteurs s'accordaient pour reconnaître à la femme séparée une capacité plus étendue qu'au mineur émancipé, car l'article 481 du Code civil ne donne à celui-ci que la pure administration, alors que la femme a la libre ou l'entière administration de ses biens. Quoi qu'il en soit, nous verrons que ce parallèle ne peut plus être fait de la même manière, car depuis 1938, la capacité de la femme séparée de biens a été encore étendue dans une large mesure.

Dans une première section, nous étudierons les actes que la femme séparée de biens peut accomplir sans autorisation.

La deuxième section sera consacrée à l'étude des actes pour lesquels la femme doit encore à l'heure actuelle être munie de l'autorisation maritale ou de l'autorisation de justice.

Enfin, une troisième et dernière section traitera de la capacité de la femme séparée de corps.

SECTION PREMIÈRE

ACTES QUE LA FEMME SEPARÉE DE BIENS
PEUT FAIRE SANS AUTORISATION

La femme peut accomplir sur ses biens propres tous les actes d'administration. L'article 1536 lui en donne « l'entière administration ». Le droit d'administrer comporte notamment celui de pourvoir les fruits et les revenus, et de recevoir ou de donner quittance.

Avant 1938, la femme ne pouvait donner ses immeubles à bail que dans la mesure où celui-ci était un acte d'administration (1). En effet, les baux de plus de neuf ans étaient réductibles à la demande soit du mari, soit de la femme (2). Actuellement, elle doit pouvoir consentir une location de durée indéterminée, car aucun texte ne lui interdit de le faire, et comme la capacité est la règle, et l'incapacité l'exception, cette solution est logique.

La femme séparée de biens peut faire non seulement les réparations d'entretien, mais aussi les grosses réparations. Avant la réforme de 1938, cela lui était déjà permis; elle pouvait aussi acquérir dans la mesure où il s'agissait d'un acte d'administration. Sauf controverse, il lui était autrement interdit d'acquérir d'une manière plus étendue, à cause de l'article 217 qui le spécifiait formellement. Désormais, puisque cet article a été abrogé, il faut décider que la femme séparée de biens peut acquérir aussi bien à titre gratuit qu'onéreux.

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 1938, p. 274, n° 1446.

(2) Paris, 24 décembre 1859 : D. 1860, 5, 350.

Avant 1938, la femme séparée pouvait bien placer les économies qu'elle avait faites sur ses revenus; elle pouvait de même faire les acquisitions utiles pour l'administration de ses biens. Mais il y avait controverse tant en jurisprudence qu'en doctrine sur la question de savoir si en général elle pouvait acquérir et placer elle-même ses capitaux. Au xix^e siècle, la Cour de Cassation le lui avait formellement interdit (1). Mais la jurisprudence avait évolué et déjà à la fin du xix^e siècle, un arrêt de la Cour de Paris (2) du 8 mars 1893 avait admis que la femme séparée de biens pouvait placer ses capitaux sans l'autorisation de son mari. La Cour de Cassation elle-même (3) avait finalement admis ce point de vue. Il s'agissait en l'occurrence d'une femme séparée de biens qui avait fait des spéculations en Bourse en passant des marchés à terme. La Cour avait décidé que les marchés à terme ne devant se régler que par « le paiement de simples différences n'avaient pas pour but le placement de capitaux », d'où l'on pouvait conclure *a contrario* que la Cour aurait admis le placement des capitaux en tant qu'acte d'administration.

L'article 217 ayant maintenant été abrogé par la loi de 1938, il ne peut plus y avoir de doutes : le placement des capitaux, de même que les spéculations en Bourse, doivent être permis dorénavant à la femme séparée de biens. La jurisprudence paraît être entrée indirectement dans cette voie puisque par un jugement du Tribunal civil de la Seine en date du 24 novembre 1938 (4)

(1) Cass., 2 décembre 1886 : S. 1886, 1, 97.

(2) Dalloz, 1893, 2, 256.

(3) Req., 2 juin 1937 : D. H. 1937, p. 377.

(4) Gaz. Pal. 23 janvier 1939.

elle a admis que la femme séparée ne pouvait aliéner ses immeubles sans autorisation du mari ou de justice. On peut donc en conclure que s'il lui faut une autorisation expresse pour aliéner ses immeubles, *a contrario* n'en aura-t-elle pas besoin lorsqu'il s'agira de meubles. Or, si elle peut aliéner ses meubles, *a fortiori* peut-elle les placer. Un autre jugement du Tribunal civil de la Seine, réuni en Chambre du Conseil (1), fait application de la même idée.

La jurisprudence (2) permettait déjà avant 1938 à la femme séparée de biens la conversion des titres nominatifs en titres ou porteur. Il y avait toutefois eu des hésitations, car une telle conversion est généralement le prélude d'une aliénation véritable, bien qu'en elle-même elle n'en soit pas une. Actuellement, il ne peut plus y avoir de doutes.

Il devrait en être de même en ce qui concerne le partage d'une succession. On pourrait, il est vrai, discuter le point de savoir s'il s'agit là d'un acte d'administration ou de disposition. La jurisprudence, en effet, ne permet à la femme séparée de biens de procéder seule au partage ou à la licitation d'une succession en partie ou en totalité immobilière (3). En l'espèce, il s'agissait d'une renonciation faite par une femme séparée de biens à une succession en partie immobilière. On peut en effet envisager une renonciation à une succession comme une aliénation indirecte. Cette manière de voir est admise par la jurisprudence puisqu'elle permet en

(1) *Sem. Jur.*, 23 avril 1939, p. 1078.

(2) Paris, 22 juillet 1869, et, sur pourvoi : Req., 8 février 1870 : D. P. 1870, 1, 336; Paris, 4 mars 1875, et, sur pourvoi : Req., 13 juin 1876 : D. P. 1878, 1, 181; Cass., 13 juin 1876 : D. 1878, 1, 181.

(3) Jug. préc. : Trib. civ. Seine : *Sem. Jur.*, 23 avril 1939, p. 1078.

ce cas l'emploi de l'action paulienne. Le jugement qui nous intéresse fait application de cette idée en interdisant à la femme séparée de procéder seule au partage d'une succession immobilière, puisqu'en vertu des articles 1449 et 1538 elle ne peut aliéner seule la propriété de ses immeubles, comme nous le verrons dans la section suivante : « Attendu qu'il suit de la combinaison des articles susnommés (articles 1449, 1539, 215 et 776 nouveaux) que, si la femme mariée sous ce régime (la séparation de biens) a désormais la pleine capacité d'accepter une succession, qu'elle soit mobilière ou immobilière, ou de renoncer à une hérédité purement mobilière, par contre elle ne peut renoncer à une succession pour partie ou en totalité immobilière, ni procéder à son partage ou à la licitation des immeubles qu'elle comporte qu'avec l'autorisation de son mari ou, à son défaut, celle de justice accordée par jugement, après débats en Chambre du Conseil ».

Il est regrettable que la jurisprudence interprète d'une manière si étroite les articles 1449, 1538 et 1576 et en tire des conséquences si défavorables à la femme. Il semble qu'une interprétation rationnelle de ces articles en fonction des principes nouveaux aurait commandé au contraire de ne les appliquer que d'une manière restrictive, à savoir, étant donné que seule l'aliénation des immeubles y est mentionnée, que la femme pût librement hypothéquer, de même que l'acceptation ou le refus d'une succession en partie ou en totalité immobilière fût autorisé. Puisque la femme mariée est désormais pleinement capable, seules les restrictions à l'exercice de sa capacité expressément formulées devraient recevoir application.

La femme séparée de biens avait autrefois besoin de l'autorisation maritale ou de justice pour plaider. L'article 215 ancien qui lui imposait cette restriction à sa capacité a été abrogé par la loi de 1938. Il faut donc en conclure qu'elle peut désormais ester en justice librement. Il faut peut-être craindre que la jurisprudence fasse toutefois des réserves quant à la question de l'exécution des jugements qui ne devrait pas porter sur des immeubles puisqu'elle ne peut pas les aliéner librement.

M. Chauveau (1) est d'avis que même depuis la loi de 1938 la femme séparée de biens ne peut pas plaider sans autorisation. M. Chauveau base son opinion sur la non-abrogation de l'article 1576, alinéa 2, qui interdit à la femme dotale de « paraître en jugement » à raison de ses biens paraphernaux. Or, comme le régime dotal, lorsqu'il y a des biens paraphernaux, est en somme un régime de séparation, M. Chauveau en a déduit que par analogie l'article 1576 devait être appliqué à toutes les femmes dotales pour leurs biens paraphernaux. Mais cette opinion nous semble contraire à l'abrogation de l'ancien article 215 où une mention spéciale avait été faite pour la femme séparée de biens. Comme l'article a disparu en entier, il ne semble pas exagéré d'en conclure que désormais la femme séparée peut plaider librement. En étudiant la capacité de la femme mariée sous le régime dotal, nous nous poserons la question de savoir si l'article 1576, alinéa 2, doit encore s'appliquer. Nous verrons que la réponse à cette question doit être négative (2).

(1) *Abolition de la puissance maritale et du devoir d'obéissance*, p. 62.

(2) Tout au moins en ce qui concerne l'exercice des actions en justice.

Il résulte de l'abrogation des articles 776 et 934 que désormais la femme séparée de biens a pleine capacité pour accepter une succession ou une donation sans autorisation.

La jurisprudence antérieure refusait à la femme séparée de biens le droit d'aliéner ses meubles sans autorisation. Cette manière de voir pouvait certes sembler contraire aux textes du Code civil puisque l'article 1449 décide en effet que la femme séparée de biens « peut disposer de son mobilier et l'aliéner ». De plus on peut dire que l'article 1538 l'autorise tacitement puisqu'il ne mentionne que l'interdiction d'aliéner les immeubles; on pourrait donc en déduire que si la femme séparée de biens ne peut aliéner ses immeubles sans autorisation, *a contrario* peut-elle le faire pour ses meubles. Malgré ces arguments, la jurisprudence ne s'était pas laissée émouvoir; celle-ci en effet interprétait les articles 1449 et 1538 en fonction des principes généraux et de l'article 217 en particulier qui consacrait le principe de l'incapacité de la femme mariée. On pouvait de plus trouver un autre argument dans l'article 1576, qui, après lui avoir reconnu l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux, interdisait à la femme dotale de les aliéner sans autorisation, et cela sans spécifier s'il s'agissait de meubles ou d'immeubles. Comme le régime dotal lorsqu'il y a des biens paraphernaux est en somme un régime de séparation, on pouvait en effet appliquer par analogie l'article 1576 à la femme séparée de biens.

La jurisprudence, en conséquence, ne reconnaissait à la femme séparée le droit d'aliéner ses meubles que dans la mesure où cette aliénation constituait un acte

d'administration. En somme, elle rapprochait l'alinéa 1^{er} de l'article 1449 de l'alinéa 2, et décidait que si la femme avait la libre administration de son mobilier, dans cette mesure elle pouvait l'aliéner. A son avis, il ne fallait pas chercher un argument *a contrario* dans l'alinéa 3 qui lui interdisait l'aliénation de ses immeubles. Cette jurisprudence s'était déjà manifestée dans la première moitié du xix^e siècle (1) et avait persisté jusqu'à la loi de 1938 (2). La femme séparée de biens — et c'était là une des conséquences de cette jurisprudence — ne pouvait pas non plus faire des marchés à terme en achetant ou en vendant des valeurs mobilières, parce qu'il ne s'agit pas là d'un acte d'administration (3). Il en était de même en ce qui concernait les comptes en banque. La femme séparée pouvait certes s'en faire ouvrir, mais ses pouvoirs, une fois le compte ouvert, étaient limités aux actes d'administration.

Cette jurisprudence trouvait un correctif important dans l'article 2279 qui protégeait les tiers avec lesquels la femme avait traité lorsque l'aliénation était faite de la main à la main. Evidemment, l'article 2279 ne pouvait jouer lorsqu'il s'agissait de valeurs nominatives, car les règlements de bourse obligent en effet les agents de change à vérifier l'identité de leurs clients.

Désormais, il semble qu'il ne puisse plus y avoir de controverse. Certes, on aurait pu déduire du maintien des articles 1449, 1536, 1538 et 1576 que le législateur

(1) Cass. civ., 3 janvier 1831 : D. 1831, 1, 260; Req., 25 avril 1882 : D. P. 1882, 1, 248; Civ., 2 décembre 1885 : D. P. 1886, 1, 294; Paris, 14 novembre 1887 : D. P. 1888, 2, 224; Req., 24 octobre 1906 : D. P. 1907, 1, 14.

(2) Req., 2^e juin 1937 : D. H. 1937, 377.

(3) Civ., 30 décembre 1862 : D. P. 1863, 1, 40.

ayant maintenu tous ces textes sans les modifier avait entendu par là même maintenir aussi les règles jurisprudentielles existantes. Les textes ont bien été maintenus — certes à tort, mais incontestablement ils sont en vigueur et la jurisprudence l'a reconnu —, mais ce serait méconnaître sa volonté que de persister à fonder des règles juridiques sur des principes condamnés. La jurisprudence se fondait en effet sur l'incapacité générale de la femme mariée. Actuellement le principe étant renversé, l'application du droit commun ne peut plus conduire l'interprète à décider, pour l'article 1449 par exemple, que la femme séparée ne peut aliéner ses meubles que dans la mesure où cette aliénation constitue un acte d'administration : les textes ne comportant aucune restriction doivent recevoir pleine application.

M. Gabriel Delattre, dans son rapport à la Chambre (1), a été à ce sujet tout à fait catégorique : « Les Cours d'appel et la Cour de Cassation elle-même estimaient que la femme séparée de corps (2) ou de biens ne pouvait aliéner ses biens mobiliers que s'il s'agissait d'une vente de récoltes ou de produits d'une quelconque exploitation, opérations envisagées plutôt comme actes d'administration que comme aliénations véritables. Dans l'esprit des magistrats, en ce qui concerne la femme non divorcée, demeurait toujours, en effet, le fait qu'elle était dépendante pour les actes essentiels, du mari auquel, d'après l'article 213, elle devait obéissance. Elle pourra désormais, non pas seulement faire un acte d'administration, mais une véritable aliénation de ses meubles. L'article 1449 devra jouer sans difficulté ».

(1) *J. O.*, Doc. parl. Chambre, 1937, Annexe n° 3331.

(2) Tout au moins avant la loi du 6 février 1893.

La jurisprudence paraît d'ailleurs être entrée dans cette voie puisque dans le jugement déjà cité du Tribunal civil de la Seine du 24 janvier 1939 (1), elle a distingué le cas d'une renonciation à une succession purement mobilière où la femme n'a pas besoin d'être munie d'une autorisation, et celui d'une succession en partie mobilière et immobilière où au contraire une autorisation lui est nécessaire.

Nous pouvons donc conclure que désormais la femme séparée de biens peut librement aliéner son mobilier sans avoir besoin d'aucune autorisation.

SECTION DEUXIÈME

ACTES POUR LESQUELS LA FEMME

SÉPARÉE DE BIENS

DOIT ÊTRE MUNIE D'UNE AUTORISATION

Les actes pour lesquels la femme séparée de biens doit être munie d'une autorisation sont les actes de disposition sur les immeubles. Ils lui demeurent interdits par les articles 1449, alinéa 3 : « Elle (la femme séparée de biens) ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus », et 1538, alinéa 1^{er} : « Dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par jus-

(1) *Sem. Jur.*, 23 avril 1939, p. 1078.

tice ». L'article 1576, alinéa 2, institue une semblable interdiction pour la femme dotale à raison de ses biens paraphernaux.

Dans le premier projet de M. Renoult, les articles 1449, alinéa 3, 1576, alinéa 2, et 1538 avaient été abrogés. Cette décision était normale puisqu'il était question de remanier entièrement les régimes matrimoniaux. Dans le second projet, seul l'article 1538 subsistait dans la liste des textes abrogés de l'article 2 du projet. L'omission des deux autres textes était curieuse puisqu'il n'y a aucune différence importante entre les trois articles et qu'ils s'appliquent chacun à des situations presque identiques. Sur l'intervention de M. Pernot (1), on décida de supprimer l'article 1538 de la liste dressée par l'article 2. M. Pernot prétendait que puisque rien ne devait être modifié au titre du contrat de mariage, il était anormal de laisser subsister l'article 1538.

Dans ces conditions, et surtout depuis l'amendement de M. Fourcade (1) qui a fait admettre des « limitations légales » à l'exercice de la capacité de la femme mariée, il semble bien que le maintien de ces textes par le législateur de 1938 a été intentionnel. Les déclarations de M. Renoult au Sénat (2) et celles de M. Delattre (3) ne laissent aucun doute à ce sujet. « Si elle (la femme mariée) est séparée de biens », a dit M. Renoult, « elle sera capable sans restriction, mais dans les termes de l'article 1449 du Code civil ».

Théoriquement trois thèses juridiques (4) peuvent se

(1) *J. O.*, Déb. parl. Sénat, 1936, p. 1563 et s.

(2) *J. O.*, Déb. parl. Sénat, 1937, p. 349.

(3) *J. O.*, Déb. parl. Chambre, 1937, annexe n° 3331.

(4) M^{mes} GRINBERG et SIMON, *op. cit.*, p. 25.

présenter en envisageant la capacité de la femme séparée de biens d'aliéner ses immeubles.

Le premier système consiste à dire que l'article 215 nouveau qui reconnaît à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile a emporté dans son courant les dispositions contraires. De plus, l'article 1449 ne fait en somme que reproduire les termes, sinon l'esprit de l'article 217, qui a été abrogé par la loi de 1938. Il pourrait donc, lui aussi, être considéré comme abrogé tacitement. Il s'en suivrait donc que la femme séparée de biens judiciairement aurait la capacité d'aliéner ses immeubles sans autorisation. Pour la femme séparée de biens par contrat, M^{mes} Grinberg et Simon estiment que l'alinéa 2 de l'article 215 qui prévoit des restrictions à l'exercice de la capacité de la femme mariée doit ici recevoir application. L'article 1538 constituerait donc une limitation légale qui empêcherait la femme séparée de biens contractuellement d'aliéner ses immeubles sans autorisation.

Un deuxième système consisterait à dire que la loi de 1938 n'a rien changé au régime de la séparation de biens qui subsiste tel qu'il a été conçu par le législateur de 1804.

Un troisième système, qui est celui auquel se rangent M^{mes} Grinberg et Simon, consiste à soutenir que la femme séparée de biens est incapable d'aliéner ses immeubles sans autorisation, mais qu'elle peut les hypothéquer puisque l'article 217 qui interdisait à la femme mariée d'hypothéquer en général a été abrogé par la loi de 1938. En effet, cet article ayant été sup-

primé, la femme séparée de biens, comme toutes les autres femmes mariées, doit désormais avoir la capacité d'hypothéquer. Dans ces conditions, c'est à notre avis le troisième système qui paraît le plus logique, bien qu'en somme, en règle générale, il faille avoir la capacité d'aliéner pour pouvoir hypothéquer, puisqu'en cas de saisie, la non-exécution de la prestation promise aboutit à la vente détournée de l'immeuble.

Au point de vue juridique, ce système n'est donc guère satisfaisant, mais en adoptant le deuxième système, qui consiste à dire que la femme séparée de biens demeure incapable d'accomplir aucun acte d'aliénation sur la propriété de ses immeubles, on aboutit aussi à une certaine incohérence à cause de la possibilité qu'a celle-ci de s'obliger par ses contrats et engagements et de voir ainsi, en vertu de l'article 2092 du Code civil, qui prescrit que « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir », l'obligation s'exécuter sur les immeubles.

Puisque, de toute façon, il doit y avoir une conséquence qui n'est guère satisfaisante pour l'esprit, mieux vaut encore adopter le troisième système, et dire avec M^{mes} Grinberg et Simon que la femme séparée de biens ne peut pas aliéner ses immeubles, mais qu'elle peut les hypothéquer sans autorisation. Ce système a l'avantage, en effet, de se conformer à l'abrogation de l'article 217 qui interdisait à la femme mariée d'hypothéquer.

M. Bonnecase a prétendu (1) que la loi du 18 février

(1) BONNECASE, *op. cit.*, n° 59, p. 138.

1938 avait eu pour effet d'abroger tacitement les articles 1449, alinéa 3, 1538, alinéa 1^{er}, et 1576, alinéa 2. « Ce qui paraît le plus extraordinaire à certains, c'est que la femme puisse aliéner librement ses biens, meubles et immeubles, sous le régime de la séparation de biens ». L'obstacle à la liberté était l'incapacité; or, comme cette dernière a été supprimée, la femme séparée de biens doit désormais jouir de sa pleine capacité, comme les femmes mariées sous d'autres régimes. M. Bonnetant prétend que le maintien des textes qui lui interdisent l'aliénation de ses immeubles est dû à une inadvertance du législateur de 1938, analogue à celle qui a été commise par celui de 1893 en omettant de modifier par la loi du 6 février 1893 l'article 1449 qui comporte encore aujourd'hui la mention : « la femme séparée, soit de corps et de biens, soit de biens seulement ».

Mais cette opinion méconnaît la volonté du législateur, et en particulier les travaux préparatoires de la loi de 1938 nous montrent suffisamment que le maintien des articles 1449, 1538 et 1576 a été intentionnel. De plus, dans le nouvel article 311, alinéa 3, nous lisons : « S'il y a cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'article 1449 ». Le fait qu'un renvoi ait été fait à l'article 1449 dans le nouvel article 311 signifie clairement que son maintien n'est pas dû à une inadvertance du législateur.

Il n'en reste pas moins qu'il est certes illogique que la femme séparée de biens ne jouisse que d'une demi-capacité, alors que la femme commune en biens a sa pleine capacité, et il faut regretter que les articles 1449,

1538 et 1576 n'aient pas été modifiés. Mais devant l'existence de limitations légales expressément prévues par l'alinéa 2 du nouvel article 215, il faut s'incliner. La jurisprudence l'a reconnu dans un jugement du tribunal civil de la Seine en date du 24 novembre 1938 (1) : « Attendu que l'article 1538 du Code civil, aux termes duquel la femme mariée sous le régime de la séparation de biens ne peut, dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son défaut, l'autorisation de justice, n'a pas été modifié par la loi du 18 février 1938, que, dès lors, la restriction qu'il apporte à la capacité de la femme mariée sous ce régime est toujours en vigueur; ...qu'ainsi la présente demande d'autorisation est recevable ». Il s'agissait en effet d'une femme séparée de biens, qui à la suite du refus opposé par son mari de l'autoriser à aliéner ses immeubles avait saisi la justice d'une demande d'autorisation.

Le Tribunal civil de la Seine, réuni en Chambre du Conseil (2), dans une espèce un peu différente, s'est prononcé dans le même sens, puisqu'il n'avait pas permis à une femme séparée de biens de procéder seule au partage d'une succession en partie immobilière.

(1) Gaz. Pal., 23 janvier 1939.

(2) Jug. préc. : *Sem. Jur.*, 23 avril 1939, p. 1078.

SECTION TROISIÈME

LA CAPACITE DE LA FEMME
SEPARÉE DE CORPS

La loi de 1938 n'a eu aucune influence sur la capacité de la femme séparée de corps. On pourrait pourtant se le demander puisque cette loi a abrogé l'alinéa 3 de l'article 311 du Code civil, aux termes duquel la séparation de corps « a, en outre, pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice ».

Il semble toutefois certain que le législateur n'a pas voulu amoindrir la capacité de la femme séparée de corps, et s'il a abrogé l'alinéa 3 de l'article 311, on ne peut l'en blâmer, puisque désormais la capacité étant la règle, et l'incapacité l'exception, l'article 215 nouveau porte une formule à peu près identique à celle de l'article 311, alinéa 3. Il s'ensuit qu'il était au fond inutile de maintenir ce dernier.

Si malgré tout, du fait de l'abrogation de l'alinéa 3 de l'article 311, on éprouvait certains doutes sur la pleine capacité civile de la femme séparée de corps, il est possible de tirer un nouvel argument *a contrario* de l'alinéa 4 de l'article 311 qui porte en effet que lorsque la séparation de corps se termine par la réconciliation des époux, la capacité de la femme « est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'article 1449 ». On peut donc déduire de ce texte que si après la réconciliation la femme séparée de corps n'a plus que la capa-

cité de la femme séparée de biens, c'est qu'auparavant elle avait la plénitude de sa capacité.

Mais on pourrait aussi raisonner d'une autre manière, et dire que même une fois que la réconciliation n'est pas intervenue, la capacité de la femme séparée de corps est déterminée par l'article 1449, puisque celui-ci porte toujours : « la femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement!.. » Mais avec ce raisonnement on ne tient aucun compte de la phrase « est modifiée pour l'avenir » de l'article 311, alinéa 4. D'ailleurs, l'article 1449 aurait dû être modifié par la loi du 6 février 1893 qui a proclamé la pleine capacité de la femme séparée de corps, et depuis la promulgation de cette loi, il a toujours été sur ce point considéré comme virtuellement abrogé.

Certains auteurs, en particulier M. Savatier (1), ont déduit du fait que le législateur de 1938 avait abrogé l'alinéa 3 de l'article 311, qu'il avait par là même soumis la femme séparée de corps au régime de droit commun, et puisque la séparation de corps emporte toujours séparation de biens (2), il s'en suivrait que la femme séparée de corps n'aurait que la capacité de la femme séparée de biens, et, en particulier, elle devrait être munie du consentement de son mari ou de l'autorisation de la justice pour pouvoir valablement aliéner ses immeubles.

Mais cette opinion paraît nettement paradoxale, et elle est contraire au dernier alinéa de l'article 311, qui mentionne expressément qu'une fois que la réconciliation entre les époux s'est produite, la capacité de la

(1) SAVATIER, *op. cit.*, n° 17.

(2) Article 311, alinéa 2.

femme est désormais réglée par l'article 1449. C'est donc qu'il ne pouvait en être ainsi avant la réconciliation.

De plus, d'après le troisième alinéa du nouvel article 213, le mari n'est plus chef de famille en cas de séparation de corps. Il serait donc étonnant qu'il eût maintenant des prérogatives qu'il ne possédait pas au temps où la puissance maritale sévissait. On ne comprendrait pas non plus qu'une loi qui a été faite pour donner à la femme mariée en général une plus grande capacité commençât par restreindre celle de la femme séparée de corps.

CHAPITRE TROISIEME

Pouvoirs et capacité de la femme sous le régime dotal

Le régime dotal est le régime matrimonial qui permet le mieux la conservation des biens dans les familles et favorise le plus sûrement la stabilité des fortunes. Malgré ces avantages, la règle de l'inaliénabilité des biens dotaux qui a pour corollaire leur insaisissabilité et leur imprescriptibilité, n'est plus en rapport avec les fluctuations économiques d'aujourd'hui, et c'est ce qui explique que le régime dotal soit tombé en désuétude, sauf dans les pays du Midi où il est encore à l'heure actuelle souvent adopté.

Le trait essentiel du régime dotal est le droit de jouissance et d'administration du mari sur les biens dotaux qui sont inaliénables, sauf dans certains cas que nous étudierons au cours de ce chapitre. La jurisprudence reconnaît au mari le droit d'aliéner les meubles dotaux, tout au moins lorsque l'aliénation est faite à titre onéreux. Puisque sous le régime dotal la paraphernalité est la règle et la dotalité l'exception, il s'en suit que tous les biens qui ne sont pas dotaux sont paraphernaux. Sur ces biens, la femme a les pouvoirs d'une femme séparée de biens. Nous ne reviendrons donc pas, ou tout au moins très rapidement, sur ce point qui a déjà été traité au chapitre précédent.

Dans une section première, nous étudierons la capa-

cité de la femme dotale. Nous distinguerons la capacité au point de vue des actes judiciaires de celle des actes extrajudiciaires. Nous verrons qu'un certain nombre de problèmes se posent à cause du maintien par le législateur de 1938 de l'article 1576 qui interdit à la femme dotale de paraître en justice à raison de ses biens paraphernaux.

Dans une deuxième section, nous verrons quels sont les pouvoirs de la femme dotale sur les biens dotaux, et nous nous poserons la question de savoir si la loi du 18 février 1938 a eu pour effet de les augmenter.

Enfin, une troisième et dernière section sera consacrée à l'étude des pouvoirs de la femme dotale sur ses biens paraphernaux.

SECTION PREMIÈRE

LA CAPACITE DE LA FEMME DOTALE

SOUS-SECTION I

ACTES JUDICIAIRES

La femme dotale a certes la capacité d'ester en justice, puisque l'ancien article 215, où il était expressément spécifié que la femme non commune ne pouvait plaider sans autorisation, a été abrogé. Or la femme dotale est une femme non commune.

Mais, par suite du maintien de l'article 1576, alinéa 2, on pourrait se demander si la femme dotale peut « pa-

raître en jugement » à raison de ses biens paraphernaux, puisque cet article exige toujours l'autorisation du mari ou, à son défaut, celle de justice.

En s'attachant aux textes en présence, à savoir l'article 1576, alinéa 2, et l'article 215 nouveau, alinéa 2, qui prévoit des limitations à l'exercice de la capacité de la femme mariée, on pourrait certes considérer l'article 1576, alinéa 2, comme une restriction à cet exercice. Mais nous avons déjà vu à plusieurs reprises qu'il ne fallait pas se préoccuper uniquement des textes, mais aussi prendre en considération l'esprit du législateur, et sur ce point son intention est certaine (1) : la femme mariée doit pouvoir plaider librement. En effet, l'ancien article 215 qui le lui interdisait, a été abrogé purement et simplement. Considérer l'article 1576, alinéa 2, comme toujours en vigueur, serait contraire à cette abrogation (2).

Il est à craindre pourtant que la jurisprudence n'entre peut-être pas dans cette voie. Nous avons déjà signalé un arrêt (3) qui, tout en ne tranchant pas directement la question, laisse prévoir que si l'occasion se présentait, elle considérerait peut-être l'article 1576 comme une limitation légale interdisant à la femme de plaider relativement à ses biens paraphernaux.

(1) Cf. Décl. de M. Renoult : *J. O.*, D. P. Sénat, 1937, p. 347.

(2) En ce sens : ANCEL, *op. cit.*, n° 68, p. 130; ESMEIN, *Sem. Jur.*, 20 mars 1938, n° 20 et s.

(3) Angers, 25 février 1941 : G. P. 1941, 1, 272.

SOUS-SECTION 2

ACTES EXTRAJUDICIAIRES

Il n'y a pas lieu de s'étendre sur cette question qui ne comporte aucune difficulté. La capacité de la femme dotale quant aux actes extrajudiciaires est identique à celle de la femme séparée de biens.

SECTION DEUXIÈME

POUVOIRS DE LA FEMME
SUR LES BIENS DOTAUX

SOUS-SECTION 1

ACTES D'ADMINISTRATION

D'après l'article 1549 du Code civil, le mari a seul le droit d'administration et de jouissance sur les biens dotaux. En règle générale, les pouvoirs de la femme sur lesdits biens ne peuvent donc être qu'exceptionnels, et en principe la loi du 18 février 1938 ne les a pas augmentés, sauf peut-être sur un point, mais la question est douteuse.

En effet, supposons, ce qui est permis par l'article 1549, alinéa 3, que la femme se soit réservée par contrat une partie des revenus dotaux pour son entretien et ses besoins personnels, et qu'en outre elle se soit réservée l'administration des biens sur lesquels elle pré-

tend exercer son droit de jouissance. Depuis 1938, le problème se pose de savoir quels sont les actes d'administration qui sont permis à la femme sur ces biens. Il pourrait sembler normal, étant donné que les deux époux sont en principe placés sur un même pied d'égalité, que la femme ait dans ce cas les mêmes pouvoirs que le mari. Mais il est peu probable que la jurisprudence admette ce point de vue. Le législateur, en effet, n'a pas voulu toucher aux règles essentielles des régimes matrimoniaux, et il a voulu en principe que ces règles ne soient pas modifiées, même par contre-coup. Dans ces conditions, il est difficile d'admettre, bien que le mari, lui, puisse aliéner les meubles dotaux, que la règle de l'inaliénabilité puisse être considérée comme modifiée en faveur de la femme. Avant 1938, la jurisprudence, en effet, avait décidé que la femme ne pouvait compromettre la dot par aucun acte, et il est probable que cette jurisprudence sera maintenue.

SOUS-SECTION 2

ACTES DE DISPOSITION

Les biens dotaux sont en règle générale inaliénables, aussi bien pour le mari que pour la femme (1). Les articles 1555, 1556, 1557, 1558 et 1559 apportent à la règle de l'inaliénabilité des biens dotaux un certain nombre d'exceptions. La plupart d'entre eux exigent, pour que l'aliénation soit valable, à la fois l'autorisation du mari et celle de justice. Or cette dernière n'existe plus en

(1) Article 1554 du Code civil.

tant qu'institution générale par suite de l'abrogation des articles 218 et suivants par la loi de 1938.

Il est certain, en tout cas, que l'autorisation du mari lorsqu'elle est nécessaire, doit être maintenue, puisque la loi de 1938 n'a rien changé aux droits du mari sur les biens dotaux. Et il doit en être de même pour l'autorisation de justice qui ne pourrait être supprimée sans que les règles qui sont de l'essence du régime dotal ne soient complètement bouleversées. Nous avons déjà rencontré, au cours de l'étude que nous avons faite des pouvoirs de la femme sur la communauté, certains cas où l'autorisation de justice lui était nécessaire, même depuis la loi de 1938, pour engager les biens communs. Il n'y a donc rien de paradoxal à ce que l'autorisation de justice doive toujours être exigée sous le régime dotal pour engager les biens dotaux, puisque l'article 1554 les déclare en principe inaliénables.

Mais l'article 1555 permet à la femme de donner ses biens dotaux avec l'autorisation de justice pour l'établissement des enfants qu'elle aurait eus d'un premier lit. On pourrait supposer que dans ce cas, puisque l'autorisation du mari n'est pas indispensable, tout au moins en ce qui concerne la nue propriété, et puisque la capacité de la femme a été proclamée par la loi de 1938, que désormais celle-ci pourrait aliéner librement cette nue propriété. Il faut pourtant décider que cette autorisation est toujours nécessaire, et ceci pour plusieurs motifs, à savoir, en premier lieu, que sous le régime dotal, qui est en somme un régime de séparation de biens, la femme ne saurait avoir davantage de pouvoirs que la femme séparée de biens, à savoir, ensuite,

que, comme le fait remarquer M. Ancel (1), l'autorisation de justice doit être considérée comme « un recours à la décision du mari ». En sus, on peut dire que si l'on continue à exiger l'autorisation de justice, ce n'est pas dans une idée de protection de la femme, puisque celle-ci est capable, mais bien plutôt dans une idée de protection des biens dotaux.

SECTION TROISIÈME

POUVOIRS DE LA FEMME DOTALE SUR LES BIENS PARAPHERNAUX

Tous les biens de la femme qui ne sont pas dotaux sont paraphernaux. Telle est la règle énoncée par l'article 1574.

La situation de la femme dotale par rapport à ses biens paraphernaux est en principe identique à celle de la femme séparée de biens. En règle générale, tout ce que nous avons dit à propos de la femme séparée de biens doit s'appliquer à la femme dotale pour ses biens paraphernaux.

Une discussion reste pourtant possible du fait du maintien de l'article 1576, qui après avoir reconnu à la femme, dans son premier alinéa, l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux, lui interdit dans le deuxième alinéa de les aliéner et de « paraître en jugement à raison desdits biens, sans l'autorisation du

(1) ANCEL, *op. cit.*, n° 67, p. 129.

mari, ou, à son refus, sans la permission de la justice ». En effet, l'article 1576 ne fait aucune distinction entre les meubles et les immeubles, et il s'en suivrait qu'en s'en tenant strictement aux textes, la femme aurait certes le droit d'administrer et de jouir librement de ses biens, mais non de les aliéner, même s'il s'agit de meubles, à moins toutefois que l'aliénation ne puisse être considérée comme un acte d'administration. Cette situation correspond exactement à celle qui était faite à la femme séparée de biens avant 1938. Mais si actuellement la femme séparée de biens peut aliéner ses meubles sans autorisation, c'est que cette aliénation, vu les nouveaux principes, ne peut plus être empêchée, car elle est expressément permise par l'article 1449 et tacitement par l'article 1538. On pourrait donc déduire de ces considérations, à savoir que l'article 1576 ne fait aucune distinction entre les meubles et les immeubles, que même actuellement, c'est-à-dire depuis la loi de 1938, il faut considérer la femme dotale comme incapable d'aliéner ses biens paraphernaux mobiliers, parce que pour les biens immobiliers la question ne se pose pas, premièrement parce que l'article 1576 a été expressément maintenu, et ensuite parce qu'il serait absurde de le permettre à celle-ci alors que la femme séparée de biens, elle, ne le peut pas.

Mais il ne serait assurément pas logique d'interdire à la femme dotale d'aliéner ses meubles paraphernaux. En effet, le régime dotal est un régime de séparation de biens pur et simple lorsque tous les biens de la femme sont paraphernaux, et dans ce cas les règles le concernant étaient absolument identiques à celles qui étaient prévues pour le régime de séparation de biens normal

avant 1938; et lorsqu'il y a aussi des biens dotaux, on peut dire qu'il y a alors séparation de biens partielle. Il ne serait donc pas logique qu'actuellement la femme dotale ne pût pas aliéner ses meubles paraphernaux, pas plus, comme nous l'avons vu dans la première section de ce chapitre, qu'elle ne pût pas plaider relativement à ceux-ci. L'article 1576, alinéa 2, aurait dû être abrogé, ou tout au moins modifié, pour être en harmonie, d'une part avec le fait que l'article 215 ancien a été abrogé, d'autre part avec les articles 1449 et 1538:



CHAPITRE QUATRIEME

La capacité de la femme exerçant une profession séparée et ses pouvoirs sur les biens réservés

Avant la loi du 13 juillet 1907, rien n'avait été prévu en droit positif en ce qui concernait la femme exerçant une profession séparée. On pourrait tout juste citer les articles 4 et suivants du Code de Commerce, et l'article 215 ancien du Code civil.

Rappelons (1) que la femme ne pouvait exercer une profession séparée qu'avec le consentement au moins tacite de son mari. Lorsque l'autorisation du mari faisait défaut, tous les actes accomplis par la femme dans l'exercice de sa profession étaient nuls, et l'article 223 du Code civil donnait l'action en nullité au mari, à la femme ou à leurs héritiers. Le mari pouvait retirer son consentement à tout moment, et dès lors les actes de la femme n'étaient plus valables.

Mais le principal inconvénient était que la femme restait soumise aux règles ordinaires de la communauté, et, en conséquence, ses bénéfices ou ses salaires tombaient automatiquement en communauté et se trouvaient à la discrétion du mari.

Pour éviter ces injustices, le Parlement vota la loi du 13 juillet 1907 qui reconnaît à la femme qui exerce une profession séparée une capacité restreinte. Cette

(1) Cf. chap. II, sect. 3, I^{re} partie.

loi a pour principal effet de permettre à celle-ci, sous tous les régimes, de toucher ses salaires et ses bénéfices, d'en disposer comme elle l'entend sous réserve des dispositions à titre gratuit, de les placer et de disposer des biens acquis avec ses bénéfices ou salaires. La loi du 13 juillet 1907 a donc créé une catégorie de biens spéciaux soumis directement au pouvoir de la femme et qui sont appelés biens réservés.

Pourtant, la loi de 1907 n'avait pas touché aux pouvoirs du mari en ce qui concernait son droit de s'opposer à l'exercice même de la profession de sa femme. Le mari pouvait donc s'opposer à cet exercice quand bon lui semblait, mais les bénéfices déjà faits ou les salaires déjà touchés restaient soumis au pouvoir de la femme. Son opposition ne pouvait avoir effet que pour l'avenir.

La loi de 1907 en reconnaissant à la femme une capacité restreinte lorsque celle-ci exerce une profession distincte de celle de son mari avait détruit l'harmonie du système établi par le législateur de 1804. C'est pourquoi le projet de loi de 1932 abrogeait la loi de 1907 en entier : les diverses dispositions prévues par cette loi devaient en effet être incorporées dans les textes du Code civil.

La loi de 1938 n'a pas touché, en principe, à la loi de 1907. Elle s'est contentée d'abroger un certain nombre d'articles, soit qu'ils aient été considérés comme inutiles, vu les nouveaux principes, soit qu'ils aient été incorporés dans l'article 214 nouveau. C'est ainsi que l'alinéa 5 de l'article 1^{er}, les articles 2, 6, 7, 8, 9 et 10 ont été abrogés par le législateur de 1938.

Nous verrons qu'en règle générale, on peut reprocher au législateur d'avoir abrogé certains de ces textes, qui,

certes, étaient justifiés lorsque la loi de 1907 fonctionnait dans le cadre général de l'incapacité de la femme mariée, mais le seraient encore à l'heure actuelle, puisque, sous le régime légal, le défaut de pouvoirs de la femme commune en biens a été maintenu. Ce reproche ne doit pourtant pas s'appliquer aux règles de la loi de 1907 qui avaient trait à la répartition entre les époux des charges du ménage, soit des articles 7, 8, 9 et 10 qui ont désormais pris place dans l'article 214 nouveau du Code civil. Nous avons déjà étudié, dans le chapitre 3 de la première partie, toutes les dispositions de l'article 214 nouveau. Rappelons que la loi de 1907 avait organisé une procédure simplifiée de saisie-arrêt sur les salaires ou revenus du conjoint qui ne subviendrait pas spontanément aux charges du ménage.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS D'APPLICATION DE LA LOI

DU 13 JUILLET 1907

La loi du 18 février 1938 n'a pas eu une grosse influence sur cette question. La loi de 1907 s'applique en effet toujours « sous tous les régimes et à peine de toute clause contraire portée au contrat de mariage », et à toutes les femmes qui exercent une profession distincte de celle de leur mari. La loi de 1938 n'a rien changé sur ce point.

Mais nous avons vu que la loi de 1938 a abrogé l'ar-

ticle 2 de la loi de 1907, qui permettait au mari, lorsque la femme abusait des pouvoirs qui lui étaient conférés, d'en faire prononcer le retrait en tout ou partie par le tribunal civil, statuant en Chambre du Conseil.

Avant 1938, le mari avait donc deux moyens de retirer à la femme les pouvoirs qui lui étaient reconnus par la loi de 1907, puisqu'il pouvait aussi lui retirer l'autorisation d'exercer la profession. Mais dans ce cas, la femme les conservait quand même sur les économies qu'elle avait faites antérieurement. Au contraire, avec le moyen prévu par l'article 2 de la loi de 1907, elle perdait complètement ses pouvoirs, même sur les salaires précédemment touchés.

Mais même depuis la loi de 1938, le mari a toujours un moyen radical de retirer à sa femme les pouvoirs à elle reconnus par la loi de 1907, c'est celui de s'opposer à l'exercice de la profession. Celle-ci, qui ne pourra plus valablement travailler, ne pourra évidemment plus exercer ses pouvoirs; mais le mari ne pourra désormais plus rien faire pour l'empêcher de les exercer sur les économies provenant de l'exercice antérieur à l'opposition.

SECTION DEUXIÈME

POUVOIRS DE LA FEMME SUR LES BIENS RESERVES

Avant d'aborder l'étude de cette question, signalons que la loi de 1938 n'a rien changé en ce qui concerne la

nature des biens dits réservés qui sont toujours des biens communs comme tous les revenus du travail, à condition bien entendu que le contrat de mariage n'en décide pas autrement. De cette partie de la communauté qui constitue les biens réservés, ce n'est pas le mari qui en est le chef : c'est la femme. Puisque la loi de 1938 n'a rien modifié sur ce point, il s'en suit que le droit de poursuite des créanciers est demeuré identique à ce qu'il était avant la promulgation de la loi, puisque l'article 3 de la loi de 1907 est demeuré intact. Rappelons que toute dette de la femme a pour gage les biens réservés. Les créanciers peuvent en outre saisir la nue propriété de ses propres, mais ils n'ont pas action sur la partie de la communauté qui est soumise à l'administration du mari, à moins que la femme ait agi avec son autorisation ou dans l'intérêt du ménage, et dans ce cas, la charge de la preuve que la dette a été contractée dans l'intérêt du ménage incombe au créancier (1). La loi de 1938 a laissé intactes toutes ces dispositions de l'article 3 de la loi de 1907.

L'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 1907 donne à la femme sur ses biens réservés « les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens ».

On ne comprend guère ce renvoi à l'article 1449 dans l'état actuel des textes qui suivent l'alinéa premier, et qui permettent à la femme d'aliéner librement ses biens réservés, sous réserve toutefois des dispositions à titre gratuit. La référence à l'article 1449 ne pouvait se comprendre que dans le premier projet de la loi de 1907 qui n'accordait à la femme que des pouvoirs d'administra-

(1) Article 3, alinéa 3, de la loi de 1907.

tion, et qui lui interdisait d'aliéner librement ses biens réservés.

La femme a donc le pouvoir de faire tous les actes d'administration sur ses biens réservés. La loi de 1938 n'a rien changé sur ce point. Elle peut notamment toucher ses salaires, elle peut placer ses économies, elle peut en faire emploi en valeurs mobilières ou immobilières; elle est libre de prendre un compte en banque et d'y placer ses économies.

La loi de 1907 reconnaît à la femme des pouvoirs d'aliénation sur ses biens réservés. Ainsi elle peut disposer non seulement des salaires qu'elle a touchés ou des économies qu'elle aurait pu faire sur ses salaires, mais encore des meubles ou des immeubles qu'elle aurait acquis par son travail. La loi du 8 juin 1923 a même spécifié qu'elle pourrait aussi emprunter et consentir une hypothèque sur lesdits biens.

Pourtant, même depuis la loi de 1938, les aliénations à titre gratuit lui restent interdites. L'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la loi de 1907 ne parle en effet que d'aliénations à titre onéreux, et rien n'a été changé sur ce point. Le contraire pourrait certes être soutenu, puisque, avant 1938, la loi de 1907, complétée sur ce point par la loi du 19 mars 1919, qui a permis à la femme, n'ayant pas de descendants, et ayant dépassé l'âge de quarante-cinq ans, de faire, sans l'autorisation du mari, des dispositions à titre gratuit en faveur d'œuvres ayant pour objet le développement de la natalité et la protection de l'enfance, devait s'interpréter restrictivement, étant donné que la femme était incapable. Maintenant que celle-ci jouit en principe de sa pleine capacité civile et a de plus la capacité de faire des donations, par suite

de l'abrogation de l'article 905 du Code civil, on pourrait donc se demander si elle ne pourrait pas disposer à titre gratuit de ses biens réservés. La réponse doit pourtant être négative, car si la femme a théoriquement la capacité de consentir des donations, elle n'a pas le pouvoir de le faire sur ses biens réservés, pas plus que la femme commune en biens, bien que capable aussi, ne peut faire des dispositions à titre gratuit sur les biens communs. De plus, rappelons que l'alinéa 2 de l'article 215 nouveau prévoit des restrictions à l'exercice de la capacité civile de la femme mariée. Cette solution ne doit d'autre part pas nous surprendre, puisque le mari, lui non plus, ne peut pas disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté ni d'une quotité importante du mobilier. Il serait donc surprenant que ce pouvoir fût reconnu à la femme sur les biens réservés qui sont des biens communs. Tout au plus aurait-on pu lui permettre d'en disposer dans une mesure identique à celle que le mari peut atteindre.

La loi de 1938 a abrogé l'article 6 de la loi de 1907 qui était ainsi conçu : « La femme pourra ester en justice sans autorisation dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi ». Cet article n'aurait en effet plus eu sa raison d'exister puisque désormais, par suite de l'abrogation de l'ancien article 215, la femme peut figurer dans tous les procès sans autorisation.

Le législateur a abrogé l'alinéa 5 de l'article 1^{er} de la loi de 1907 comme inutile. En effet, il peut sembler *a priori* qu'il n'y avait plus lieu, depuis que la femme a été proclamée capable par le nouvel article 215, de se préoccuper des justifications qu'elle aurait à fournir

pour traiter, puisque celle-ci est dans tous les cas capable, qu'elle exerce ou non une profession séparée. Nous allons voir que malgré ces considérations, il est regrettable que le législateur ait abrogé cet alinéa de l'article 1^{er}.

Les questions de preuve sont très importantes dans la loi de 1907, et ce sont elles qui en ont amené l'échec dans la pratique. C'est pourquoi nous nous étendrons assez longuement sur ce point, et nous nous demanderons si la loi du 18 février 1938 a eu pour effet d'améliorer la condition de la femme exerçant une profession séparée. Indiquons tout de suite que la réponse doit être négative; on pourrait même dire, comme nous allons le voir, que pratiquement la condition de la femme a été aggravée par cette loi.

Avant la loi de 1938 existaient deux textes concernant les questions de preuve : l'alinéa 5 de l'article 1^{er} et l'article 4 de la loi de 1907. L'alinéa 5 de l'article 1^{er} était ainsi conçu : « La validité des actes faits par la femme sera subordonnée à la seule justification faite par un acte de notoriété ou par un autre moyen mentionné dans la convention, qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari. La responsabilité des tiers avec lesquels elle a traité en leur fournissant cette justification n'est pas engagée ». La femme n'avait donc qu'à présenter un acte de notoriété qui est un acte dressé par un notaire sur le vu de témoins certifiant qu'elle exerçait une profession séparée. Elle pouvait aussi exhiber un certificat de son patron ou encore une attestation quelconque. Dans tous ces cas, la responsabilité des tiers ne devait pas être engagée.

A notre avis, la femme n'aurait pas eu besoin d'avoir à fournir la preuve de l'origine du bien. La responsabilité des tiers ne devrait pas être engagée, dès qu'elle avait fait la preuve de sa profession. Mais ce n'était pas l'opinion qui avait prévalu en pratique. Celle-ci avait considéré que la preuve de l'exercice de la profession séparée devait uniquement s'appliquer à la question de capacité. Avant 1938, la femme qui voulait passer un acte devait en effet démontrer qu'elle n'était pas soumise au principe général d'incapacité. Mais cela ne devait pas avoir pour effet de la dispenser de faire la preuve qu'elle avait le pouvoir de disposer des biens sur lesquels elle avait traité ou se disposait à traiter. En effet, les articles 1402 et 1499 du Code civil décident que tous les biens sont présumés communs sous le régime légal, sauf la preuve contraire. Les tiers devaient donc se préoccuper aussi de la question de l'origine du bien, car si la femme avait disposé d'un bien qu'elle n'avait pas pouvoir d'aliéner, leur responsabilité aurait pu être engagée. L'article 4 de la loi de 1907 était le texte qui devait résoudre la question de pouvoir. Il a été maintenu par la loi de 1938 : « En cas de contestation, la femme pourra, tant vis-à-vis de son mari que vis-à-vis des tiers, établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés ». L'article 4 de la loi de 1907 n'aurait normalement pas dû s'appliquer lorsque la femme passait l'acte, mais bien plutôt lorsqu'une contestation aurait surgi, par exemple en cas de partage de la communauté, ou encore en cas de saisie. Mais ce n'est malheureusement pas l'opinion qui avait prévalu en pratique, et c'est ce qui

a causé l'échec de la loi du 13 juillet 1907. En effet, le fait que l'alinéa 5 de l'article 1^{er} avait été cantonné à la question de capacité avait obligé la femme à apporter une preuve fort difficile à établir, celle de l'origine des biens, et le moyen le plus simple de résoudre la question était encore de faire intervenir le mari.

Si la loi de 1907 avait été appliquée normalement, on aurait pu comprendre que le législateur ait abrogé l'alinéa 5 de l'article 1^{er}. Puisque les questions de capacité ne devaient en principe plus se poser, il ne devait plus en effet être nécessaire que la femme eût à justifier qu'elle exerçait une profession séparée. Mais le législateur de 1938 n'a pas envisagé le fait que la pratique appliquait l'alinéa 5 de l'article 1^{er} à la question des pouvoirs de la femme. Le projet de 1932 pouvait l'abroger aisément, lui, puisque le régime de communauté était remplacé par celui de la participation aux acquêts qui reconnaissait en principe à la femme pendant le mariage les pleins pouvoirs sur ses biens propres. Mais comme finalement, la réforme des régimes matrimoniaux a été ajournée, il s'en est suivi que la situation de la femme qui exerce une profession séparée a été aggravée, en tout cas pratiquement.

Théoriquement, pourtant, la situation de la femme n'a pas été aggravée. Elle est maintenant capable, mais la loi de 1938 n'a rien changé en ce qui concerne ses pouvoirs. Par conséquent, lorsque celle-ci veut passer un acte, le tiers avec lequel elle se dispose à contracter, n'a plus en principe à lui demander de justifier sa capacité, mais il doit toujours lui demander d'apporter la preuve que le bien qui fait l'objet de l'opération à conclure est un bien réservé et qu'il provient de son

travail personnel, ce qui revient en somme à prouver que la femme exerce réellement une profession séparée. Il s'en suit que celle-ci a toujours à fournir les deux preuves. Théoriquement la situation est identique à celle d'avant 1938.

Mais en pratique, il en est tout autrement. Le fait que l'alinéa 5 de l'article premier ait été abrogé est de nature à provoquer la méfiance chez les cocontractants de la femme, qui raisonnent de la façon suivante, à savoir que si l'on a abrogé ce membre de l'article premier, qui dégageait la responsabilité des tiers, une fois que la preuve de l'existence de la profession de la femme avait été fournie, c'est que celle-ci pourrait se trouver engagée maintenant. Dans l'incertitude, et pour couvrir leur responsabilité, les tiers exigent pratiquement l'intervention du mari.

Cette situation est fort regrettable, et il faut espérer que le législateur interviendra rapidement pour remédier à cet état de choses.

CONCLUSION

Si l'on veut porter un jugement d'ensemble sur la loi du 18 février 1938, on s'aperçoit immédiatement qu'outre les nombreuses critiques que l'on peut porter sur elle, elle a tout de même eu une portée plus vaste qu'on aurait pu le supposer après la lecture de l'article 215 nouveau qui prévoit des restrictions à l'exercice de la capacité civile de la femme mariée.

La suppression de la puissance maritale qui n'existait certes plus en pratique telle que le législateur de 1804 l'avait conçue est la motion de cette loi qui a été la plus favorablement accueillie par le public. Cette réforme était impérativement réclamée par les féministes, et, à notre avis, à juste titre. En effet, si la pratique révélait que l'article 213 ancien était sur bien des points tombé en désuétude, il n'en reste pas moins que son existence même était une offense à la dignité de la femme. De plus, il arrivait que l'article 213 ancien fût fréquemment invoqué par les maris despotiques pour faire triompher en justice leurs points de vue, et cette pratique était nettement intolérable. Sur la question de l'abrogation de la puissance maritale, tous les interprètes de la loi de 1938 sont d'accord pour admettre qu'il n'était plus désirable de la maintenir.

Il est regrettable toutefois que les deux époux n'aient pas été placés sur un même pied d'égalité et que le mari ait conservé, en sus de la qualité à lui reconnue par l'article 213 nouveau de chef de famille, certaines pré-

rogatives qui lui permettent d'avoir un droit de regard sur l'activité de la femme. Mais c'est un progrès certain, quoique certains aient paru s'en émouvoir (1), que le droit de contrôle du mari ne soit plus désormais soumis à son bon vouloir et qu'il soit lui-même contrôlé par les tribunaux.

La suppression de l'incapacité de la femme mariée, qui n'était dans bien des cas plus invoquée que par les époux de mauvaise foi, a grandement amélioré la situation juridique de la femme dans le droit positif. Il était certes regrettable qu'au xx^e siècle la femme mariée fût encore rangée au rang des incapables. C'est pourquoi personne ne souhaitait que cet état de choses fût maintenu. Désormais, la femme n'a plus besoin, en principe, d'être munie de l'autorisation de son mari ou de celle de justice pour accomplir valablement un acte juridique. La conséquence la plus importante et la plus appréciable de la nouvelle capacité de la femme est la faculté qu'elle a maintenant de pouvoir plaider librement.

Le plus grand reproche que l'on a pu adresser à la loi du 18 février 1938 est celui d'avoir ajourné la réforme des régimes matrimoniaux qui avait été prévue par le projet de loi de 1932. M. Savatier (2) a pu dire à ce propos que cette loi « manquait d'équilibre ». Quoique cette expression soit volontairement exagérée et destinée à frapper l'imagination, puisque nous avons vu (3) qu'il n'y avait pas un lien nécessaire entre l'insaturation de la capacité de la femme et la refonte des régimes matrimoniaux, il faut bien toutefois recon-

(1) BONNECASE, *Rev. gén. du Droit*, 1938, 1^{er} trim., p. 5.

(2) *Les lois nouvelles*, 1938, 1^{re} partie, n° 3.

(3) Cf. chap. préliminaire.

naître qu'elle comporte une part de vérité. En effet, d'une part on reconnaît à la femme l'exercice de sa pleine capacité civile, mais d'autre part on s'est bien gardé de ne modifier aucun des articles du titre V du livre I^{er} du Code civil. Il s'en suit qu'en principe la femme peut accomplir théoriquement tous les actes juridiques, mais qu'en pratique elle n'aura pas pouvoir de le faire. C'est en ce sens que M. Voirin (1) a pu qualifier la réforme de 1938 de « réforme surtout théorique ». La deuxième partie du projet Renoult devait en effet donner à celle-ci l'impulsion qu'elle aurait normalement dû avoir. Le régime de la participation aux acquêts était le seul qui pouvait donner une portée appréciable à un régime légal où la femme était proclamée capable, tout en permettant à celle-ci d'avoir sa part des gains que normalement le mari a pu faire durant le mariage. Ce régime offrait de grands avantages, puisqu'il combinait le principe de l'union des patrimoines qui est la principale caractéristique du régime de la communauté de biens avec celui de la séparation des patrimoines qui permet à chaque époux d'administrer et de disposer de ses biens comme il l'entend.

Quoi qu'il en soit, étant donné que le législateur n'a pas cru devoir reconnaître à la femme les pouvoirs nécessaires à l'exercice même de sa nouvelle capacité, on peut malgré tout lui reprocher de ne pas avoir modifié les articles de capacité du titre du contrat de mariage. On aurait dû en effet mettre en harmonie les textes de capacité tels que les articles 1449, 1538 et 1576 avec l'article 215 nouveau, ou tout au moins ne pas faire des réserves expresses dans l'alinéa 2 pour permettre à

(1) *Rev. trim. de droit civil*, 1938, p. 345.

l'interprète de décider que tous les textes qui ne sont pas conformes aux nouveaux principes doivent être considérés comme tacitement abrogés.

On pourrait se demander si maintenant la loi de 1938 correspond bien aux nouveaux principes de restauration de l'autorité au sein de la famille. Il faut sans hésitation répondre par l'affirmative, car la condition de l'épouse et de la mère ne doit pas être une place de second plan, dont tous les agissement sont subordonnés à l'approbation maritale. L'épouse et la mère doivent pouvoir défendre leurs droits et remplir leurs devoirs avec la même autorité que celle qui est reconnue à l'homme.

Malgré ses inconvénients, la loi de 1938 est un progrès certain et appréciable sur l'état antérieur; mais il ne faut la considérer que comme une première étape qui ne sera franchie qu'une fois que les régimes matrimoniaux auront été révisés en fonction des principes nouveaux. Il est cependant regrettable qu'au ^{xx}e siècle la femme française soit en état d'infériorité légale sur bien des points par rapport à son mari, tout comme il est humiliant pour elle de s'être toujours vu refuser la jouissance des droits politiques.

VU et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris :

Gilbert GIDEL.

VU, le Doyen :
Charles RIPERT.

VU, le Président :
Julliot de la MORANDIERE.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- Marc ANCEL. — *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938* (1938).
- Suzanne GRINBERG et Odette SIMON. — *Les droits nouveaux de la femme mariée* (1938).
- CHAUVEAU. — *Abolition de la puissance maritale et du devoir d'obéissance; octroi à la femme d'une capacité restreinte* (Loi du 18 février 1938 (1938).
- Julien BONNECASE. — *Mariage et régimes matrimoniaux; leur réforme récente* (1938).
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit civil français.*
— *Traité élémentaire de Droit civil.*
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Précis de Droit commercial de M. Lacour, 7^e édition.*
- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français, 5^e édition.*
- JOSSERAND. — *Supplément au cours de Droit civil, 1939.*

REVUES ET PÉRIODIQUES

- Bulletin de la Société d'études législatives.*
- Gazette du Palais.*
- Les Lois nouvelles.*
- La Loi.*
- Journal Officiel.*
- Dalloz : D. H.*
— *D. P.*
- Semaine Juridique.*
- Gazette des Prud'hommes et des Tribunaux de commerce.*
- Gazette des Tribunaux.*
- Revue trimestrielle de Droit civil.*
- Revue du Notariat et de l'Enregistrement.*
- Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence.*
- Sirey : Recueil général des lois et des arrêts.*
- Pandectes françaises.*
-

TABLE DES MATIERES

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — GÉNÉRALITÉS	5
<i>Section 1. — Les origines de la loi du 18 février 1938.</i>	
<i>Aperçu historique</i>	5
<i>Section 2. — Les travaux préparatoires de la loi du 18 février 1938</i>	12
<i>Section 3. — La méthode de la réforme</i>	14
<i>Section 4. — La portée de la réforme</i>	18
 PREMIERE PARTIE. — LA SUPPRESSION DE LA PUISSANCE MARITALE	25
CHAPITRE I ^{er} . — LES CONSÉQUENCES DE L'ABROGATION DE L'ANCIEN ARTICLE 213	27
<i>Section 1. — Le devoir d'obéissance avant 1938</i>	27
<i>Section 2. — Suppression des devoirs d'obéissance et de protection</i>	33
CHAPITRE II. — LE MARI, CHEF DE LA FAMILLE	45
<i>Section 1. — La qualité de chef de famille</i>	45
<i>Section 2. — La fixation de la résidence du ménage</i>	55
<i>Section 3. — L'exercice par la femme d'une profession séparée</i>	63
CHAPITRE III. — LA CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MÉNAGE.	83

DEUXIEME PARTIE. — LA CAPACITE DE LA FEMME MARIEE	95
CHAPITRE I ^{er} . — LE PRINCIPE ET SES RESTRICTIONS	101
Section 1. — Capacité de la femme à l'égard du mari	102
Section 2. — Capacité de la femme à l'égard des tiers	105
Sous-section 1. — Actes judiciaires	106
Sous-section 2. — Actes extrajudiciaires	110
CHAPITRE II. — AUTORISATION MARITALE ET AUTORISATION DE JUSTICE	117
Section 1. — L'autorisation maritale	117
Section 2. — L'autorisation de justice	120
Section 3. — Sanctions du défaut d'autorisation	123
TROISIEME PARTIE. — LA CAPACITE DE LA FEMME MARIEE VUE A TRAVERS LES REGIMES MATRIMONIAUX	129
CHAPITRE I ^{er} . — LES POUVOIRS ET LA CAPACITÉ DE LA FEMME SOUS LES RÉGIMES DE COMMUNAUTÉ	133
Section 1. — Pouvoirs respectifs du mari et de la femme sur la communauté	135
Sous-section 1. — Actes d'administration	135
Sous-section 2. — Actes de disposition	137
Section 2. — Les pouvoirs de la femme sur ses biens propres	147
Sous-section 2. — Actes de disposition	149
Sous-section 1. — Actes d'administration	148
Section 3. — La capacité de la femme sous les régimes de communauté	156
Sous-section 1. — Actes judiciaires	157
Sous-section 2. — Actes extrajudiciaires	158
CHAPITRE II. — POUVOIRS ET CAPACITÉ DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS	167
Section 1. — Actes que la femme séparée de biens peut faire sans autorisation	170
Section 2. — Actes pour lesquels la femme séparée de biens doit être munie d'une autorisation	178
Section 3. — La capacité de la femme séparée de corps ...	184

CHAPITRE III. — POUVOIRS ET CAPACITÉ DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DOTAL	187
<i>Section 1. — La capacité de la femme dotale</i>	188
Sous-section 1. — Actes judiciaires	188
Sous-section 1. — Actes judiciaires	157
<i>Section 2. — Pouvoirs de la femme sur les biens dotaux</i> ..	190
Sous-section 1. — Actes d'administration	190
Sous-section 2. — Actes de disposition	191
<i>Section 3. — Pouvoirs de la femme dotale sur les biens paraphernaux</i>	193
CHAPITRE IV. — LA CAPACITÉ DE LA FEMME EXERÇANT UNE PROFESSION SÉPARÉE ET SES POUVOIRS SUR LES BIENS RÉSERVÉS	197
<i>Section 1. — Conditions d'application de la loi du 13 juillet 1907</i>	199
<i>Section 2. — Pouvoirs de la femme sur les biens réservés</i>	200
CONCLUSION	209
BIBLIOGRAPHIE	213

Impr. Spéciale des Editions DOMAT-MONTCHRESTIEN.
